

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO OESTE DO PARANÁ
UNIOESTE/CAMPUS DE TOLEDO
CENTRO DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS – CCHS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS SOCIAIS – MESTRADO

BIANCA RIBEIRO DA SILVA

**ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL: ESTUDO DE TRÊS JULGADOS PROFERIDOS PELA
CORTE (2008-2010).**

TOLEDO/PR

2016

BIANCA RIBEIRO DA SILVA

**ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL: ESTUDO DE TRÊS JULGADOS PROFERIDOS PELA
CORTE (2008-2010).**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais/Mestrado, da Universidade Estadual do Paraná, *campus* de Toledo/PR, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciências Sociais.

Orientador: Prof^o Dr. Gustavo Biasoli Alves

Linha de pesquisa: Democracia e políticas públicas

TOLEDO/PR

2016

S586a Silva, Bianca Ribeiro da

Ativismo judicial e judicialização da política no Supremo Tribunal Federal: estudo de três julgados proferidos pela Corte (2008-2010) / Bianca Ribeiro da Silva. – Toledo : UNIOESTE, 2016.

216 f.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais.

Orientador: Dr. Gustavo Biasoli Alves

1. Ativismo judicial. 2. Judicialização da política. I. Alves, Gustavo Biasoli. II. Título.

CDD 340

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO OESTE DO PARANÁ – UNIOESTE
CENTRO DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS – CCHS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CÊNCIAS SOCIAIS - MESTRADO

**ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL: ESTUDO DE TRÊS JULGADOS PROFERIDOS PELA
CORTE (2008-2010).**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais/Mestrado, da Universidade Estadual do Paraná, *campus* de Toledo/PR, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciências Sociais.

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof^o Doutor. Gustavo Biasoli Alves
Universidade Estadual do Oeste do Paraná (UNIOESTE)

Prof^o Doutor Alessandro Severino Valler Zenni
Universidade Estadual de Maringá (UEM)

Prof^o Doutor Marco Antônio Arantes
Universidade Estadual do Oeste do Paraná (UNIOESTE)

AGRADECIMENTOS

A Deus pelo amparo e força que me concedeu para superar as tantas adversidades que surgiram no caminho.

Agradeço à minha família pelo amor e alicerce de sempre. Pai e mãe, obrigada por todo o carinho, dedicação e amor incondicional. Eu os amo muito! Ao meu namorado Rafael, pela cumplicidade e o acalento de seu largo sorriso. Ao meu irmão Tiago, pelo carinho e pelas diversas contribuições que renderam de nossas conversas. Aline, minha cunhada, pela amizade e companhia. Ao meu sobrinho Davi, por sua constante alegria contagiante e por me fazer descobrir o amor gigante que uma tia pode ter.

Ao Prof^o Dr. Gustavo Biasoli Alves, meu “pai acadêmico”, pela paciência, suporte e incentivo, sempre atento para eventuais quedas. Professor, ao seu lado a árdua jornada se tornou mais tênue. Obrigada pelos ensinamentos repassados com maestria. Espero que nossa parceria prossiga em próximas empreitadas acadêmicas.

Aos Professores do Programa de Mestrado em Ciências Sociais de Toledo, que em muito contribuíram para esta pesquisa, especialmente ao Prof^o Dr. Marco Antônio Arantes e Prof^o. Dr. Geraldo Magella Neres, com dicas valiosas quando do Seminário e Qualificação.

Agradeço também a prontidão da equipe do Mestrado, especialmente a secretária Marilucy, sempre nos atendendo com toda a atenção.

Aos meus amigos do mestrado, pelos debates e incentivos (especialmente Maísa Nodari, Paulo Henrique Muniz e Rodrigo Arthur). Aos meus amigos da vida por sempre terem uma palavra de aconchego e acreditarem que tudo daria certo (especialmente Aline Claro, Silvana Cardoso, Márcia Kunz e Dalloan Ducatti).

Ao Prof^o Dr. Alessandro Severino Valler Zenni, por prontamente aceitar fazer parte da banca avaliadora deste trabalho, o que me deixou muito honrada, pois dedico-lhe muita admiração.

Ainda, agradeço à Fundação CAPES pelo incentivo financeiro, extremamente importante para a concretização deste estudo.

Um abraço carinhoso a todos!

*Dedico este trabalho ao meu paizinho e minha mãezinha,
com todo o amor.*

RESUMO

SILVA, Bianca Ribeiro da. Ativismo Judicial e Judicialização da Política no Supremo Tribunal Federal: estudo de três julgados proferidos pela Corte (2008-2010). Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais). 216f. 2016. Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Toledo/PR, 2016. Orientador: Prof^o Dr. Gustavo Biasoli Alves.

O ativismo judicial e a judicialização da política são apontados como fenômenos mundiais e são enredos para diversas investigações contemporâneas da Ciência Política. Característicos da expansão pelo Poder Judiciário, ensejam investigações no embate democrático. Neste contexto, admitindo um viés neoconstitucionalista com a advento da Constituição Federal de 1988, a pesquisa buscou investigar as tensões causadas entre a democracia e o próprio sistema constitucional brasileiro na ocorrência de ativismo e judicialização da política pelo Poder Judiciário. Para tanto, foram escolhidos três acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, visando verificar as tensões decorrentes em múltiplas temáticas decididas pela mais alta Corte do país: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 3.999/DF (julgada em 2008), Ação Popular nº. 3.388/RR (julgada em 2009) e Agravo Regimental na Suspensão de Liminar de Ação Civil Pública nº. 47/PE (julgada em 2010). As questões abordadas correspondem à perda de mandato por infidelidade partidária, demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol e saúde pública, respectivamente. Para constatar eventuais tensões nos julgados, visualizou-se, em um primeiro momento, as contribuições teóricas da democracia substancial, de Ronald Dworkin, e da democracia procedimental, de John Hart Ely e Jürgen Habermas. Tais teorias foram acolhidas por levarem em consideração a atuação do Poder Judiciário para classificar democracia. Também se percorreu a teoria do órgão de legitimação, defendida por Robert Dahl, o qual sustenta que a atuação judicial atua para legitimar atos do regime dominante. Analisou-se os julgados e, com base nos enredos teóricos apresentados, concluiu-se pela existência de tensões entre o neoconstitucionalismo e a democracia, causadas pelo ativismo e judicialização da política no Brasil. No entanto, as tensões encontradas são compreendidas por este estudo como contribuintes ao desenvolvimento democrático no país, corroborando para uma substancial democracia, embora devam ensejar posturas ativas e judicializadas dentro de certas medidas de autocontenção.

Palavras-chave: Democracia; Ativismo judicial; Judicialização da política.

ABSTRACT

SILVA, Bianca Ribeiro da. Judicial Activism and Judicialization of Politics in the Supreme Court: study of three decisions ruled by the Court (2008-2010). Essay (Master in Social Science). 216f. 2016. State University from the West of Paraná. Toledo/PR, 2016. Advisor: Prof^o Dr. Gustavo Biasoli Alves.

The judicial activism and the judicialization of politics are seen as global phenomena and are storylines for several contemporary investigations of Political Science. Typical of the expansion of the Judicial Branch, they give rise to investigations in the democratic collision. In this context, assuming a neoconstitutionalist bias with the advent of the Federal Constitution of 1988, the research sought to investigate the tensions caused between democracy and the Brazilian constitutional system itself in the activism and judicialization of politics in the Judicial Branch. Therefore, it was chosen three rulings of the Supreme Court to verify the tensions in multiple themes decided by the highest court of the country: Direct Action of Unconstitutionality nº. 3.999/DF (ruled in 2008), Popular Action nº.3.388/RR (ruled in 2009) and Interlocutory Appeal in Injunction Suspension of the Public Civil Action nº. 47/PE (ruled in 2010). The issues correspond to the loss of term for party infidelity, demarcation of the aboriginal land "Raposa Serra do Sol" and public health, respectively. To find possible tensions in the trial, it was visualized, at first, the theoretic contributions of substantial democracy, of Ronald Dworkin, and procedural democracy, of John Hart Ely and Jürgen Habermas. Such theories were upheld for taking into consideration the role of the Judicial Branch to rank democracy. It was also approached the theory of the legitimation government body, defended by Robert Dahl, which sustains that the judicial acting acts to legitimize acts of the dominant regime. The decisions were analyzed and, based in the theoretical scenarios presented, it was concluded that there are tension between neoconstitutionalism and democracy, caused by the activism and judicialization of politics in Brazil. However, the tensions found are understood by this study as contributing to democratic development in the country, corroborating to a substantial democracy, although active and judicialized positions must be given rise, within certain self-restraint measures.

Keywords: Democracy; Judicial Activism; Judicialization of Politics.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade

Adins – Ações Diretas de Inconstitucionalidade

ADI's – Ações Diretas de Inconstitucionalidade

ADO – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária

AgR – Agravo Regimental

Art. – Artigo

CDN – Conselho de Defesa Nacional

DEM – Democratas

EC – Emenda Constitucional

FUNAI – Fundação Nacional do Índio

INCRA – Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária

LC – Lei Complementar

Min. – Ministro

MPF – Ministério Público Federal

MS – Mandado de Segurança

OIT – Organização Internacional do Trabalho

ONU – Organização das Nações Unidas

PEC – Projeto de Emenda Constitucional

PFL – Partido da Frente Liberal

PL – Projeto de Lei

SL – Suspensão de Liminar

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUS – Sistema Único de Saúde

TRE – Tribunal Regional Eleitoral

TRF – Tribunal Regional Federal

TSE – Tribunal Superior Eleitoral

UTI – Unidade de Terapia Intensiva

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
CAPÍTULO 1	18
APONTAMENTOS CONCEITUAIS SOBRE O FENÔMENO EM ESTUDO	18
1.1. A judicialização da política: significação e fatores contribuintes	18
1.2. A literatura sobre judicialização da política no Brasil	27
1.3. Judicialização da política, politização da justiça e ativismo judicial	35
1.4. A megapolítica	41
CAPÍTULO 2	43
CARACTERIZAÇÃO DA DEMOCRACIA A QUE SE REFERE	43
2.1. Algumas considerações sobre democracia	43
2.2. Democracia direta, indireta e híbrida	49
2.3. Democracia substancial: a atuação judicial como elemento para classificação da democracia	55
2.4. Democracia procedimental	64
2.4.1. Democracia procedimental em John Hart Ely	65
2.4.2. Democracia procedimental em Jürgen Habermas	70
CAPÍTULO 3	75
NEOCONSTITUCIONALISMO E DIFICULDADE CONTRAMAJORITÁRIA	75
3.1. A influência do neoconstitucionalismo	75
3.2. Trazendo o novo constitucionalismo para mais perto: a ascensão do STF	79
3.2.1. Antes da Constituição de 1988	79
3.2.2. STF e a Constituição de 1988	84
3.3. A dificuldade contramajoritária: provocação para a autocontenção	86
3.4. Na contramão: a teoria do órgão legitimador de Dahl	91
CAPÍTULO 4	94
ANÁLISE DOS JULGADOS E DAS TENSÕES EXISTENTES	94
4.1. Case Fidelidade Partidária	94
4.1.1. Dos fatos que ensejaram as Resoluções nºs. 22.610/2007 e 22.733/2008	98
4.1.2. Voto do ministro relator Joaquim Barbosa	101
4.1.3. Dos votos que acompanharam o relator	107
4.1.4. Dos votos dissidentes	110
4.1.5. Colhendo tensões	115
4.2. Case Demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol	121
4.2.1. Voto do Relator na Petição nº. 3.388/RR	124

4.2.1.1. Questões Preliminares	124
4.2.1.2. Mérito – Ainda do voto do Relator Min. Carlos Ayres Britto	125
4.2.1.2.a. Definições sobre o índio e a terra indígena	126
4.2.1.2.b. Competência da União para demarcação	128
4.2.1.2.c. Quanto ao modelo de demarcação	131
4.2.2. Voto do Ministro Menezes Direito: a inclusão das salvaguardas	133
4.2.3. Voto Ministra Cármen Lúcia: ausência de afronta ao pacto federativo	143
4.2.4. Votos dos Ministros Ricardo Lewandowski e Eros Grau	147
4.2.5. Voto Ministro Joaquim Barbosa: dissidência parcial	148
4.2.6. Aditamento do Voto Relator: adesão às salvaguardas	149
4.2.7. Votos Ministro Cezar Peluso e Ministra Ellen Gracie	149
4.2.8. Voto Ministro Marco Aurélio: revisão de posicionamento e divergência	151
4.2.9. Voto Ministro Celso de Mello	160
4.2.10. Voto Ministro Gilmar Mendes: criando a décima nona salvaguarda.....	161
4.2.11. Ajustes das salvaguardas	165
4.2.12. Breve adendo: embargos de declaração julgados em 2013	168
4.2.13. Colhendo tensões	169
4.3. Case Hospital Dom Malan/PE: em busca de recursos para a saúde pública.....	174
4.3.1. Voto do Relator	176
4.3.2. Posicionamento por unanimidade	182
4.3.3. Destaques do voto proferido pelo Ministro Celso de Mello	183
4.3.4. Observações sobre as tensões.....	186
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	190
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	199
ANEXO - EMENTAS	209
A) Ementário da decisão exarada na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3999	209
B) Ementário referente à decisão na Ação Popular Petição nº. 3388/RR (case “Raposa/Serra do Sol”).....	210
C) Ementário do Agravo Regimental na Suspensão de Liminar Nº. 47/PE	215

INTRODUÇÃO

Como se percebe no contexto atual, o Poder Judiciário tem desempenhado um importante papel na realização do Estado Democrático de Direito. Inclusive, tem-se apontado um protagonismo do Poder Judiciário no dado momento histórico brasileiro.

A crescente e notória intervenção judicial na implementação de direitos fundamentais dos indivíduos é fenômeno que vem sendo percebido na esfera global, chamada de “era de expansão global do Poder Judiciário” (BRANDÃO, 2013, p. 615), em diversos países, não somente do Brasil.

Necessário resgatar, e com isso orientar para um possível ponto de encontro para referido desempenho mundial, o surgimento do *Welfare State*, como alternativa para equilibrar a relação entre o capitalismo e os problemas sociais.

Com a crise de 1929 (SILVA, p. 136), portanto, o *Welfare* surge para rogar por maior intervenção do Estado na sociedade, visando atender necessidades sociais, bem como viabilizar o crescimento econômico. Logo, esperou-se nesta modalidade de Estado um equilíbrio e cooperação entre as súplicas sociais e a economia/capitalismo.

Ao *Welfare State*, chamado também de Estado de Bem Estar Social, é atribuído o empoderamento legislativo, com crivo na legislatura promocional, pois voltou o Estado ao futuro, preocupando-se com objetivos de longo prazo e estabelecendo diretrizes para o alcance de direitos, principalmente sociais.

Nesse sentido, Luiz Werneck Vianna destaca a força com que surgiu no *Welfare State* o Direito do Trabalho ao chamar atenção para a publicização da esfera privada, salientando que ao se reconhecer direitos desiguais para sujeitos desiguais, os indivíduos “necessitaram ser ungidos por uma função supra-individual, social, pública, em tudo o que dissesse respeito ao mercado de compra e venda da força de trabalho” (1999, p. 16). O autor enfatiza que, assim, ocorre a judicialização do mercado de trabalho, com a modificação dos conflitos, surgindo “a tentativa de extrair o tema da justiça social da arena livre da sociedade civil, dos partidos e do Parlamento, compreendendo-o como um feito a ser regulado pelo Poder Judiciário”, do qual a “intervenção dependeria uma convivência harmoniosa dos interesses divergentes” (1999, p. 17).

Essa necessidade de judicialização ocorre, como explica Werneck Vianna, dado o lado fático do *Welfare*, qual seja a formação de corporativismo moderno, “dominado pela representação funcional de grupos de interesse, organizados sob a arbitragem do governo” (1999, p. 18). Logo, apesar do empoderamento, tem-se uma abdicação do Legislativo na administração política do Estado de Bem Estar Social, orientado, em verdade, de modo paternalista, arbitrário e burocrático. Ainda, Vianna acentua que do *Welfare State* derivaria “um onipresente aparelho administrativo, inacessível à cidadania e conversor dos indivíduos em clientes, gerando um sentimento de impotência e abandono” para aqueles que não conseguem se reunir em grupos poderosos para ascender à máquina burocrática (1999, p. 18).

A mencionada abdicação, gerando indeterminação de direitos, repercute, por sua vez, nas relações entre os Poderes, dado que, mesmo possuindo o Poder Legislativo a natureza originária da lei, exigiria o seu aprimoramento pelo Poder Judiciário, seja estabelecendo limites, interpretações ou complementos. Há, deste modo, uma investidura do Poder Judiciário “pelo próprio caráter da lei no Estado Social, do papel de legislador implícito” (VIANNA, 1999, p. 21).

Indica Vianna, portanto, que a intervenção judicial com mais rigor, como instituição apta a delimitar, implementar, complementar e esclarecer a legislação, funcionando como verdadeiro integralizador da norma, pode ser inicialmente extraída como herança do Estado de Bem Estar Social. Ocorreria um processo redefinidor da função do Poder Judiciário, bem como a relação entre os três Poderes, incluindo o poder judicante no espaço político ou, como menciona Vianna, fora-lhe facultado “o acesso à administração do futuro” e, o constitucionalismo moderno, por sua vez, “lhe confiou a guarda da vontade geral, encerrada de modo permanente nos princípios fundamentais positivados na ordem jurídica” (1999, p. 22).

De outro lado, porém não dissociado aos acontecimentos históricos, a atuação mais ativa do Poder Judiciário também é atribuída ao movimento do neoconstitucionalismo, conhecido igualmente por *novo constitucionalismo ou constitucionalismo contemporâneo*, que traz novel paradigma para o tratamento das normas jurídicas de um ordenamento, centrando-as à figura da Constituição e dos valores daí decorrentes.

O neoconstitucionalismo surge como ideologia inovadora, buscando a máxima eficácia da Constituição, oferecendo ao texto normativo um aspecto mais

efetivo para a concretização dos direitos fundamentais. Ou seja, traz para a compreensão do constitucionalismo uma nova áurea, afirmando que, muito mais do que limitar o poder político, a Constituição deve buscar a realização concreta dos direitos fundamentais.

Ainda, segundo ponderações de Luís Roberto Barroso (2009), a ideologia teve início, de fato, no final da Segunda Guerra Mundial (guardando correspondência com o período de crise do *Welfare State*), pois na maioria dos países ocidentais houve um avanço da justiça constitucional sobre o espaço da política da maioria, realizada na esfera do Legislativo e do Executivo, alimentado pelo voto popular.

Um importante marco histórico para justificar esse fenômeno no ocidente, foi o Julgamento de Nuremberg, em que ocorreu a condenação dos mais importantes líderes nazistas por crimes contra a humanidade, representando o surgimento de uma nova ordem mundial, em que a dignidade da pessoa humana foi reconhecida como um valor suprapositivo. (BARROSO, 2008).

Desse modo, infere-se que os acontecimentos históricos de devastação e massacre vivenciados fizeram do pós-guerra o nascedouro de uma nova consciência sobre a pessoa humana, enaltecendo não só a necessidade de resguardar e proteger direitos, mas também de promover políticas públicas para a realização desses direitos, desprendendo-se da dogmática positivista que até então predominava, a qual limitava o papel do operador do direito em mero aplicador da norma formalmente válida, desprezando a valoração sobre a justiça e o acerto de sua aplicação.

Nessa perspectiva, Walber de Moura Agra (2005 *apud* LENZA, 2012, p. 62) aponta que o neoconstitucionalismo tem como marca a concretização das prestações materiais prometidas à sociedade, sendo instrumento de efetivação de um Estado Democrático de Direito.

Ou seja, a nova ordem constitucional guarda correspondência com as inovações atribuídas pelo *Welfare State* ao Poder Judiciário, resultando em uma confluência histórica na mudança ou metamorfose da função destinada ao Poder Judiciário.

No Brasil, é possível notar que a referida concepção ideológica surge após a promulgação da Constituição Federal de 1988, embora já existissem alguns aspectos da ideologia em nosso ordenamento jurídico, como o controle de

constitucionalidade. Assim, essa nova inspiração tem como alicerce a redemocratização ocorrida no Brasil.

A soma de todos os aspectos históricos anteriormente apontados, bem como a influência da ordem neoconstitucionalista à Magna Carta brasileira permitem o desenvolvimento de alguns fenômenos no ordenamento jurídico pátrio, como a valorização dos princípios jurídicos e a importância destes no processo de aplicação do direito e a constitucionalização do próprio direito, tornando-se a Constituição verdadeira matriz de princípios, localizando-se ao centro do sistema jurídico, sendo observada em todos os ramos do ordenamento.

Da relação do cumprimento e efetivação de direitos fundamentais pelo Judiciário, é que surge a chamada judicialização que, em sentido amplo, Luís Roberto Barroso entende significar “questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário” (2011, p. 360-360). Logo, trata-se de uma transferência de funções de instâncias tradicionais para instâncias judiciais.

Já a judicialização da política, especificamente, Rodrigo Brandão explica ser “o processo pelo qual as Cortes e os juízes passam a dominar progressivamente a produção de políticas públicas e de normas que antes vinham sendo decididas [...] por outros departamentos estatais, especialmente o Legislativo e o Executivo” (2013, p. 616).

O fenômeno da judicialização da política vem sendo apontado como de cotidiana ocorrência no Brasil, tendo em vista que se percebe atualmente um Poder Judiciário ativo na formulação ou efetivação de políticas públicas e, além disso, um notório ator no processo democrático. É este, pois, o fenômeno de pretensão do presente estudo.

Pelo exposto, a presente pesquisa cinge-se em analisar a Judicialização da Política no Brasil, abordando o aspecto de tensionamento entre democracia e constitucionalismo (sob o enfoque da nova figura conhecida como neoconstitucionalismo), especialmente verificando decisões emanadas pelo Supremo Tribunal Federal.

Para tanto, foram selecionadas três decisões emblemáticas, sendo uma proferida em sede de controle de constitucionalidade concentrado e as demais em sede de competência ordinária do Supremo Tribunal Federal: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 3.999/DF (julgada em 2008), Ação Popular nº. 3.388/RR

(julgada em 2009) e Agravo Regimental na Suspensão de Liminar de Ação Civil Pública nº. 47/PE (julgada em 2010). As questões abordadas correspondem à perda de mandato por infidelidade partidária, demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol e saúde pública, respectivamente. Foram escolhidas temáticas diversas com o propósito de perceber as tensões nos mais diferentes âmbitos da política amplamente considerada.

Neste enfoque, surge o problema principal, que se insere no âmbito das Ciências Sociais, principalmente no que atine à democracia, dado o debate entre democracia e constitucionalismo, bem como se insere no Direito Público, especificamente no Direito Constitucional, a ser elucidado por esta pesquisa: há comportamento de ativismo e fatos de judicialização da política nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal? Existem tensionamentos entre o neoconstitucionalismo e a democracia nessas decisões?

Para responder as indagações desta pesquisa, foram apresentadas três hipóteses: (i) há tensionamento entre o (neo)constitucionalismo e democracia em decorrência do fenômeno da judicialização da política e do ativismo, na medida em que, quando o Judiciário atua para garantia e proteção dos direitos basilares dos indivíduos e para o bom funcionamento do processo democrático acaba por violar os próprios preceitos democráticos; (ii) não há tensionamento entre (neo)constitucionalismo e democracia quando se observa a judicialização da política e o ativismo no Brasil, havendo, em verdade, um imbricamento de forças, pois a principal preocupação democrática está no escopo de se fazer com que decisões coletivas se deem para alcançar, com maior amplitude, os direitos reconhecidos aos cidadãos; (iii) o tensionamento é aparente, pois a Corte funciona como órgão de legitimação de políticas do governo, fazendo cumprir a sensível vontade da representação política.

Assim, em suma, busca este estudo verificar a existência de tensionamento entre (neo) constitucionalismo e democracia em decorrência dos fenômenos da judicialização da política e do ativismo junto ao Supremo Tribunal Federal.

Ademais, a relevância deste estudo está na imprescindível compreensão da mutação do papel do Judiciário na sociedade democrática, sob a influência do movimento (neo)constitucionalista.

A relevância prática, por sua vez, destaca-se na análise do poder político exercido pelo Judiciário e por suas decisões, a fim de verificar eventual usurpação

de função ou cumprimento dessa função política, dentro dos parâmetros democráticos e diretrizes constitucionais, haja vista a crescente manifestação de decisões judiciais emanadas de uma prática ativa.

Assim, uma das finalidades primordiais deste trabalho é circundar a democracia e o (neo)constitucionalismo, analisando o tensionamento provocado pelo fenômeno da judicialização da política no Brasil contemporâneo.

Para testar as hipóteses nos cases propostos, a pesquisa se subdivide em 4 capítulos, com o fito de fazer um detalhamento e construir um suporte teórico que habilite a análise.

No Capítulo 1, discute-se as concepções acerca dos fenômenos em estudo, com a finalidade de posicionar-se e revelar ao leitor o que o trabalho entende por judicialização da política e ativismo judicial. Além disso, também se discorre sobre a “megapolítica”, visando situar o extenso rol do que se considera político.

Por sua vez, no Capítulo 2 apresentam-se concepções de democracia e algumas tipologias, além dos pressupostos teóricos da democracia substancial e procedimental, as quais revelam seus enredos levando em consideração a atuação do Poder Judiciário.

Já no Capítulo 3 objetiva-se expor sobre a corrente jus-sociológica do neoconstitucionalismo, bem como traçar uma aproximação ao contexto fático-histórico do Brasil. Ainda, neste mesmo capítulo apresenta-se uma breve exposição da evolução do poder jurisdicional do Supremo Tribunal Federal. Outrossim, percorre-se a limitação desse aumento de poder jurisdicional na chamada “dificuldade contramajoritária”, apresentando-se parâmetros de autocontenção colhidos pela doutrina nacional.

Por fim, no Capítulo 4 os cases propostos são analisados, buscando identificar os tensionamentos existentes, bem como inferir concepções democráticas constantes no bojo das decisões. Trata-se de um estudo de casos, em que ao cabo as hipóteses são testadas e acabam por combinarem-se, conforme se verá no desenvolvimento e na conclusão desta pesquisa.

CAPÍTULO 1

APONTAMENTOS CONCEITUAIS SOBRE O FENÔMENO EM ESTUDO

Quando se propõe discutir a judicialização da política, principalmente arrolando e analisando casos específicos ocorridos no Brasil, julgados pelo Supremo Tribunal Federal, como é a pretensão da presente pesquisa, perfaz-se necessário, antes disso, retratar o significado da própria judicialização da política, a fim de delimitar o entendimento e a profundidade a que quer fazer referência no presente estudo.

Portanto, para melhor compreensão da dimensão que se limita a pesquisa, convém apresentar algumas discussões acerca do que se entende por judicialização da política, bem como termos a ele conexos, como politização da justiça e ativismo judicial, averiguando-se as sutilezas que permeiam referidas terminologias.

Além da referida delimitação e explanação do que se entende pelo fenômeno em estudo, pertine desdobrar o aparato conceitual para melhor destacar a judicialização da política como fenômeno de relevante discussão na seara das Ciências Sociais, intercambiando-se com diversas áreas, como o Direito.

Segue, portanto, algumas explanações que elucidam a dimensão do fenômeno em estudo, sua significação e diferenciações com outros termos que buscam identificar elementos próximos ou derivados da própria judicialização.

1.1. A judicialização da política: significação e fatores contribuintes

Judicializar adentra ao contexto de se tratar judicialmente determinada situação ou pleito, submetendo à decisão exarada por um juiz ou um grupo de juízes alocados em um tribunal.

Mas, a expressão judicialização da política não pode ser tratada de modo tão simplista, haja vista ser de recente nomenclatura, bem como significar um fenômeno contemporâneo, em crescente estudo.

A expressão passou a compor o roteiro das Ciências Sociais e do Direito a partir da obra intitulada “The Global Expansion of Judicial Power”, de 1995, de C. Neal Tate e Torbjörn Vallinder (MACIEL, 2002, p. 114), ganhando repercussão

mundial ao conceituar o fenômeno de expansão da jurisdição dos tribunais e juízes à margem dos demais poderes do Estado.

Em recente obra, Torbjörn Vallinder, um dos criadores da mencionada expressão, esclareceu que a judicialização da política deveria significar:

1. a expansão da seara dos tribunais ou dos juízes à custa de políticos e/ou administradores, isto é, a transferência dos direitos decisórios do legislativo, do executivo ou do serviço público para os tribunais, ou, pelo menos,
2. a difusão de métodos decisórios judiciais fora da seara judicial propriamente dita. Resumindo, poderíamos dizer que a judicialização envolve, essencialmente, transformar algo em uma forma de processo judicial.(VALLINDER, 2012, p.15)

Ao propor as duas significações, de qualquer modo o autor emite a ideia de aumento na atuação do Judiciário, expandindo suas competências. Nesse passo, faz um comparativo com o modo político de resolver conflitos, a fim de localizar a judicialização nessa resolução. Admite, assim, que o papel precípua dos tribunais é o de salvaguardar direitos fundamentais dos cidadãos, o que Isaiah Berlin chama de liberdade negativa (VALLINDER, 2012, p. 17), e já do legislativo, “proteger os direitos e deveres da maioria (legislativa)” (2012, p. 17). Nesse sentido, aponta que a judicialização da política poderia ser descrita como uma ampliação do primeiro princípio à custa do segundo.

Importa, no entanto, vislumbrar que o autor não chega ao termo de forma abrupta e desestruturada, mas após a observação de vários antecedentes, principalmente pautando-se nas ideias de democracia, em que da eleição das assembleias eleitas pelo voto do povo, surge a tomada de decisão pela maioria.

Reportando-se a uma visão mais cética quanto ao governo da maioria, Vallinder destaca aqueles que mostraram-se mais preocupados com o papel constitucional dos tribunais.

Com efeito, em *The Federalist Papers*, Alexander Hamilton reconhece o poder judiciário como o mais fraco dos três poderes:

A independência completa dos tribunais de justiça é essencial em uma Constituição limitada. Entendo por Constituição limitada aquela que contém determinadas exceções específicas para a autoridade legislativa: tal como, por exemplo, a de não poder aprovar leis cominatórias (*bills of attainder*), nem leis *ex post facto*, etc.

Limitações desse tipo só podem ser asseguradas, na prática, pela intermediação de tribunais de justiça, cuja obrigação deve ser a de declarar nulas todas as leis que contrariem o sentido manifesto da Constituição. Sem isso, todas as reservas ou direitos particulares ou privilégios nada significariam. (1987, apud VALLINDER, 2012, p. 19)

De fato, Hamilton expressou a necessidade da revisão judicial, defendendo, inclusive, que um maior empoderamento do judiciário seria capaz de erigir maior eficácia da Constituição, assegurando os direitos dos particulares.

Vallinder também destaca que, durante o século XIX, liberais europeus de grande importância, em especial Benjamim Constant, Alexis Tocqueville e John Stuart Mill, também adotaram uma opinião pirrônica acerca das decisões pela maioria, assim como fizeram os federalistas (2012, p. 19).

No que tange à Tocqueville, Vallinder destaca a intensa e extensiva discussão tecida sobre os papéis e importância dos tribunais, juízes e dos júris norte-americanos. Vale o destaque: “Cercado por seus limites, o poder concedido aos tribunais norte-americanos de declarar a constitucionalidade de leis é ainda uma das barreiras mais poderosas que já se erigiu contra a tirania de assembleias políticas” (1969, *apud*. 2012, p. 19).

Logo, Alexis Tocqueville percebia no judiciário um importante mecanismo no equilíbrio do governo da maioria. No mesmo sentido, cabe destacar o enfrentamento de preceitos de liberdade e igualdade que Tocqueville teceu na mencionada obra, tendo como principal preocupação a aniquilação da liberdade pela igualdade, ou seja, em como a igualdade pode desenvolver-se sem que para isso suprima e reduza de forma contumaz, a liberdade (QUIRINO, 2001). Interligando-se as temáticas, percebe-se a preocupação do autor no freio necessário do governo da maioria, concedendo-se destaque para a revisão judicial como instrumento perspicaz nesse sentido.

Quanto à Mill, Vallinder ressalta que aquele passou em revista os freios possíveis à tirania da maioria, inclusive da opinião pública. Assim, Mill asseverou a necessidade de freios, embora não tenha apoiado e mencionado que as contenções fossem as revisões judiciais (VALLINDER, 2012, p. 19-20).

Ainda, Vallinder assevera que podem ser apontados três fatores comuns para uma considerável expansão do papel do judiciário no mundo, de um modo geral.

Primeiro, um fator relevante foi o surgimento, na década de 1930, de regimes totalitários, contraditórios aos direitos dos cidadãos, principalmente em período de

guerra (VALLINDER, 2012). Citando principalmente a barbárie ocorrida na Alemanha nazista, sob o comando de Adolf Hitler, o autor coloca que questões cruciais foram postas no período pós-guerra, principalmente ao que pertine em como proteger os direitos dos cidadãos no futuro. Foi então que a República Federativa da Alemanha, em 1949, promulgou uma nova Constituição, elencando uma extensão de direitos e garantias, um Tribunal Constitucional e a revisão judicial (VALLINDER, 2012).

Outro fator apontado por Vallinder, está no setor econômico da vida política nos últimos anos da guerra, pois pensavam-se em planos para a reconstrução e o desenvolvimento econômico em tempos próximos de paz. Ilustra que:

[...] do lado socialista, o planejamento centralizado, incluindo um sistema amplo de seguridade social e algumas medidas de nacionalização, era considerado essencial para alcançar aquelas metas. (sic) Do lado liberal e do conservador, surgiram opiniões discordantes. Para os liberais de inclinação clássica, o planejamento centralizado certamente não era o caminho para a liberdade e a segurança, mas, sim, a estrada para a servidão. Eles observaram que tal planejamento havia sido colocado em prática na União Soviética e, em certa medida, na Alemanha nazista, com resultados desastrosos.(VALLINDER, 2012, p. 21)

Mas, ressalva o autor que R.H.S. Crossman, renomado cientista político, reconhece a crítica liberal e pondera:

Restaurar o controle parlamentar do Executivo, contudo, não basta para nosso propósito socialista de livrar a comunidade do abuso do poder arbitrário. O próximo passo será reformar o Judiciário, de modo que ele possa retomar sua função tradicional de defender os direitos individuais contra abusos. Essa função tem sido constantemente estreitada nos últimos cem anos, assim como o capitalismo de pequena escala foi transformado em oligopólio e a estrutura frágil do Estado vitoriano se transformou no Leviatã que agora domina nossas vidas.(VALLINDER, 2012, p. 22)

Como terceiro fator, destaca avanços nas teorias clássicas do direito natural e dos direitos naturais, em meados do século XVIII, mudanças que aconteceram em nível filosófico, mas que contribuíram para a plataforma ideológica dos revolucionários. Destaca que ocorreu não só a recuperação de teorias do direito natural, como também o desenvolvimento de teorias modernas, apontando a teoria da justiça de John Rawls e a obra “Levando os direitos a sério” de Ronald Dworkin (VALLINDER, 2012, p. 23).

Além desses fatores elencados, o autor faz importante cotejo do cenário político pós-guerra, além do modelo que se ergueu frente ao novo período:

Por fim, ao falar de fatores antecedentes, não deveríamos nos esquecer dos aspectos comparados e internacionais. Após a Segunda Guerra Mundial, os Estados Unidos emergiram como uma superpotência democrática. Para muitos países democráticos, velhos e jovens, o sistema político norte-americano, com seu grande poder e prestígio ao judiciário e ao *judicial review*, tornou-se um ideal a ser seguido. (VALLINDER, 2012, p. 24)

As ponderações de Vallinder, autor que deu nome ao fenômeno em estudo, são cruciais para se entender as nuances e acontecimentos que deram impulso e fomentaram a atuação mais arrojada do judiciário pelo mundo.

Portanto, a expansão do judiciário, segundo as ponderações de Vallinder, decorrem do desenvolvimento histórico após a Segunda Guerra Mundial e da renovação conceitual de teorias acerca dos direitos dos cidadãos. Essa nova compreensão, propagada principalmente após episódios que revelaram a necessidade de se proteger com critérios mais rigorosos os direitos inerentes ao homem, foi capaz de revisar aspectos teóricos sobre o direito natural, impulsionando reformas filosóficas e práticas.

Mas, além desses fatores históricos e do despontar dos Estados Unidos com um grande prestígio atinente ao judiciário, Vallinder também traz à baila a importante contribuição de Hans Kelsen. Explica que, depois da primeira guerra mundial, Kelsen ficou incumbido de redigir a constituição da vindoura república austríaca. Fazendo-a, Kelsen incluiu na Constituição da Áustria de 1920 as regras da *judicial review*, mas contrastante com o modelo norte-americano, pois mencionada revisão deveria ser efetuada por um tribunal constitucional, especialmente projetado para esta tarefa (VALLINDER, 2012). Ressalta que o modelo de revisão judicial proposto por Kelsen foi influente em diversos países europeus após a segunda grande guerra.

Assevera, ainda, que não só mudanças nos modelos de revisão judicial discutidos nos Estados Unidos e Áustria implicaram no processo de judicialização, mas também os esforços empregados de forma internacional para proteção dos direitos humanos, apontado a Carta das Nações Unidas de 1945, bem como a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (VALLINDER, 2012).

Uma contingência de fatores históricos mundiais, como acima identificados, foram capazes de contribuir para certa expansão do judiciário. O fenômeno teve um longo processo de surgimento, construído com a contribuição de diversos fatores com aspectos em comum, tal como a centralização da preocupação com os direitos dos cidadãos.

Essa constatação clássica e original permite vislumbrar os panoramas abertos e entendidos como judicialização da política por outros cientistas políticos, dada a maior ou menor abrangência que encaram.

Segundo John Ferejohn, existem três maneiras de se destacar os novos comportamentos do judiciário em relação ao legislativo. Em primeiro lugar, argumenta que os tribunais estão “cada vez mais dispostos a limitar e regular o exercício da autoridade parlamentar, impondo limites substantivos ao poder das instituições legislativas” (FEREJOHN, 2012, p. 63). Em segundo, aponta que o processo judicial passou a se tornar o modo de realização de política substantiva. Terceiro, “os juízes têm-se mostrado cada vez mais dispostos a regular a conduta da própria atividade política”, criando, com isto, “padrões de comportamentos aceitáveis para grupos de interesse, partidos políticos e autoridades tanto eleitas quanto nomeadas” (2012, p. 63).

Mas Ferejohn não limita a judicialização, destacando que:

O fato de tribunais intervirem com frequência nos processos políticos também significa que outros atores políticos, assim como grupos em busca de ação política, têm motivos para levar em conta a possibilidade de reação judicial. As propostas precisam ser formuladas de modo a assegurar que legislação não seja nem derrubada nem interpretada de formas indesejadas. Para atingir tal resultado, parte do debate político relativo a leis novas deve visar antecipar a resposta das instituições jurídicas. Assim, vemos uma aplicação global de um aspecto do fenômeno que Tocqueville observou na política norte-americana há muitos anos: a transformação de questões políticas em questões jurídicas. Isso significa que considerações jurídico-constitucionais e retóricas ganham uma importância nova e às vezes decisiva no estabelecimento ordinário de políticas pelo legislativo. (FEREJOHN, 2012, p. 64)

Portanto, o nascimento e desenvolvimento da judicialização não é fator de exclusividade do próprio judiciário como ator que cresce e ganha cada vez mais

espaço, mas também contribuição de outras instituições, advindas dos outros poderes do Estado, que vislumbram importância nas análises decisórias.

Ferejohn, para corroborar sua exposição, recorda das lições de Alec Stone Sweet, preceituando que a judicialização está também na “função pedagógica” que os tribunais assumem com relação ao legislativo, o qual é induzido a levar questões constitucionais em consideração ao legislar (FEREJOHN, 2012, p. 65).

Logo, as transformações provocadas pela judicialização alteram a paisagem política legislativa, ao passo que impõe ao próprio legislador melhor análise de questões constitucionais ao legislar. Depreende-se que a análise criada por Ferejohn dá enfoque em certo papel político das cortes, haja vista a interferência de comportamentos que é capaz de gerar em outras searas do Estado.

Interessante, pois, notar as duas causas gerais sobre a judicialização da política que expõe Ferejohn. A primeira, o autor atribui à crescente fragmentação do poder dentro dos poderes políticos, limitando a capacidade de formulação da própria política. A esta causa, o autor chama de “hipótese de fragmentação” (2012, p. 80). Explica que, quando os outros poderes políticos não podem agir, os cidadãos buscarão a resolução de seus conflitos em instituições capazes de realizarem, efetivamente, soluções concretas, associando, então, os tribunais como sendo esse lugar.

Como segunda causa, Ferejohn aponta a percepção de que a confiança nos tribunais, ou em alguns tribunais, é grande quando se trata de proteger contra abusos políticos, nomeando essa causa de “hipótese de direitos” (2012, p. 81).

O autor contextualiza que mencionadas hipóteses podem ser verificadas com informações históricas dos Estados Unidos e de outros países. Expõe:

Essas duas hipóteses podem ser avaliadas tanto com informação dos Estados Unidos quanto com informação de outros países. Tome, por exemplo, a hipótese de que a judicialização seja explicada pelo aumento na capacidade e na disposição dos tribunais de proteger grupos mais amplos de direitos. Um aspecto intrigante do súbito surgimento de tribunais constitucionais na Europa do pós-guerra é o colapso da oposição historicamente poderosa de esquerda ou centro-esquerda ao *judicial review*. O *judicial review* era visto por esses partidos como antimajoritário e, com base no exemplo norte-americano, os partidos europeus de esquerda o viam como tentativa pouco velada de positivar direitos de propriedade. Após a Segunda Guerra Mundial, essa oposição ganhou voz novamente nas esquerdas tanto da França quanto da Itália, mas, ao menos na Itália,

tal oposição não conseguiu evitar a instituição de um tribunal constitucional.(FEREJOHN, 2012, p. 81)

Portanto, retomando o que Vallinder também apontou, os fatos históricos e os elementos contribuintes do desenvolvimento da judicialização da política são encontrados pelos autores em semelhantes ocasiões, principalmente no que tange ao crescimento do constitucionalismo (amplitude do reconhecimento de direitos) e da democratização crescente pelo mundo.

Quanto à fragmentação política, Ferejohn faz importante consideração:

Fragmentação política é uma ideia complexa que pode surgir de muitas maneiras diferentes. O federalismo, por exemplo, fragmenta certos tipos de poderes políticos – verticalmente, entre um governo central e governos locais – e pode criar o espaço para a ação judicial. Sistemas federativos não apenas dão oportunidades e obrigações para que os estados façam política não controlada pelo governo nacional, como, em geral, também dão aos estados a capacidade de bloquear ou refrear ações do governo federal. Por fim, disputas jurisdicionais em sistemas federativos, sem entre estados ou entre um estado e o governo federal, precisam ser resolvidas, e o judiciário é quase sempre utilizado para isso.(FEREJOHN, 2012, p. 83)

Dessa maneira, Ferejohn procura explicar a judicialização com base em aspectos históricos, como também fez Vallinder, considerando como judicialização, principalmente, a implicação de decisões e orientações judiciais constitucionais na atividade legiferante. Mas, tal restrição arraigada pela tomada judicial de poderes, vem, em verdade, sob a justificativa de auxílio no cumprimento efetivo de direitos reconhecidos aos cidadãos, estabelecendo diretrizes no desempenho de outros poderes estatais.

Ran Hirschl, diagnostica a judicialização da política frisando o endosso de princípios constitucionais modernos e o trânsito para a democracia de vários blocos de regimes pós-autoritários, tais como da Europa Meridional, da América Latina e da Ásia (HIRSCHL, 2012).

Hirschl entende como judicialização da política “a confiança cada vez maior no judiciário para tratar de questões morais fundamentais, questões de política pública e controvérsias políticas” (2012, p. 131). Atribui, inclusive, como principal aspecto característico desse fenômeno, o *judicial review*, legado dos Estados Unidos às democracias mais jovens.

Mas, para conferir maior detalhamento ao termo, Hirschl refere-se a três faces da judicialização. Entre as faces que identifica, está a propagação do discurso jurídico, em que assuntos que antes eram resolvidos e negociados informalmente passaram a ser tomados de normas e procedimentos jurídicos (HIRSCHL, 2012, p. 133). Além disso, examina como segunda faceta, a expansão da competência dos juízes e tribunais nos resultados de políticas públicas, principalmente no que tange ao respeito a direitos constitucionais, bem como nas reformulações dos limites entre os órgãos do Estado (2012, p. 135).

Como terceira face, Ran Hirschl destaca a confiança nos juízes e no judiciário para lidar com o que chama de “megapolítica” (2012, p. 138), conferindo nesse argumento uma variedade de significação do que seria político.

A judicialização da política, ou megapolítica, como prefere chamar Hirschl, inclui atuação do judiciário em várias categorias, principalmente do que chama de *raison d'etrê* do Estado, como questões dos processos eleitorais e prerrogativas do executivo no planejamento macroeconômico (2012, p. 138). Assim, o autor enfatiza que a judicialização avança limites delicados de tomadas de decisões, o que considera perigoso:

Essas novas áreas da política judicializada expandem as fronteiras do envolvimento de tribunais superiores nacionais na esfera política para além do âmbito dos direitos constitucionais ou da jurisprudência do federalismo, e leva a judicialização da política a um ponto que excede em muito qualquer limite anterior. Na maioria das vezes, essa tendência é apoiada, seja tácita ou explicitamente, por pessoas com interesses políticos. O resultado tem sido o de transformar os supremos tribunais de muitos países em uma parte crucial de seus respectivos aparatos políticos nacionais. Em outro lugar, descrevi esse processo como uma transição para a juristocracia. (HIRSCHL, 2012, p. 138)

Hirschl trata a judicialização da política, ou megapolítica, com receio da perversão em juristocracia, isto é, o governo por juízes. Mas, apesar disso, também adverte que a transformação pela qual passa o judiciário, tomando rédeas antes não alcançadas, não tem efeito somente da atuação do próprio judiciário, mas de todo um enredo dos poderes políticos:

Por fim, a existência de um tribunal constitucional ativo e não deferencial é uma condição necessária, porém não suficiente, para o

ativismo judicial persistente e para a judicialização da megapolítica. [...] o retrato dos tribunais constitucionais e dos juízes como maiores culpados da judicialização completamente abrangente da política em todo mundo é uma explicação simples demais; a judicialização da megapolítica (e a transição para a juristocracia, de forma mais geral) é, acima de tudo, um fenômeno político, e não um fenômeno jurídico. (HIRSCHL, 2012, p. 167)

Ran Hirschl confere à judicialização da política traços e características muito semelhantes ao exposto por outros autores e como discutido na literatura estrangeira. Todavia, faz questão de esboçar sua contrariedade quanto à perversão desse fenômeno.

Como no presente momento o objetivo desta pesquisa é esboçar as significações possíveis da judicialização, bem como esclarecer o que se entende como judicialização da política para este trabalho, prossegue-se ao que vem sendo delineado no Brasil como estruturação do mencionado fenômeno.

1.2. A literatura sobre judicialização da política no Brasil

Tendo retratado como a literatura estrangeira e original tem compreendido a significação da judicialização da política, perfaz necessário identificar como a literatura brasileira passou a abordar referida terminologia.

As primeiras pesquisas empíricas realizadas no Brasil sobre a judicialização da política, foram a dissertação de Ariosto Teixeira, em 1997, e a obra de Marcus Faro de Castro, no mesmo ano. Em ambas as análises, os autores apontaram a inadequação do conceito, tendo em vista o pouco ativismo dos ministros (MACIEL, 2002, p. 115).

Tanto é assim que vale notar comentário de Castro em “O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política”:

O STF tem feito uso parcimonioso de garantias constitucionais de amplo alcance, limitando as medidas de impacto político mais visível a decisões liminares. Contudo, a análise dos acórdãos do tribunal revela que também a produção jurisprudencial rotineira do STF tem uma direção marcante na proteção de interesses privados e, portanto, de impacto negativo sobre a implementação de políticas públicas. Isto se dá, porém, de maneira concentrada nos processos em que se discute o pagamento de tributos e contribuições parafiscais. (CASTRO, 1997)

Todavia, numa nova abordagem sobre o fenômeno, Werneck Vianna (1999) acolheu o termo percebendo-o nas transformações constitucionais após 1988, em que se permitiu um maior protagonismo do Poder Judiciário, padecendo como recurso de minorias parlamentares, governos estaduais, associações civis e profissionais (MACIEL, 2002, p. 115).

Vianna ressalta que o constituinte atribuiu ao Supremo Tribunal Federal o controle abstrato de constitucionalidade das leis e a inovação possibilitou a intervenção do judiciário na arena pública como um poderoso instrumento “não só para a defesa de direitos da cidadania, como também para racionalização da administração pública” (VIANNA, 1999, p. 47).

Mas, as conclusões de Vianna foram tão discrepantes daquelas averiguadas pelas primeiras pesquisas citadas (Teixeira e Castro), que em sua obra “A judicialização da política e das relações sociais no Brasil”, clarifica as motivações de tais diferenças.

Quanto à pesquisa mapeada por Castro, que estudou as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI's) impetradas pelos partidos políticos no período de outubro de 1988 a fevereiro de 1993, erguendo comparativo com as ações apresentadas pela Ordem dos Advogados do Brasil e confederações sindicais, Vianna avalia que o período da pesquisa foi curto com relação ao que apresenta, além do foco mais restrito, pois Castro analisou com mais afinco as ações que tinham o propósito de modificar políticas econômicas (VIANNA, 1999). Já no levantamento de Vianna, assiste-se à uma avaliação das ADI's que se converteram em instrumentos de racionalização da administração pública, âmbito inacessível à pesquisa de Castro.

No que se refere à pesquisa de Teixeira, restrito às Adins propostas por partidos políticos, confederações sindicais ou entidades de classe e OAB, até 1996, Vianna compartilha da conclusão de que o STF tem sido cauteloso ao relacionar-se com os demais poderes, a fim de evitar o que chama de ativismo judicial (terminologia tratada à frente). Todavia, remete a diferenciação de sua pesquisa ao perceber que a Corte adere a um papel de guardião dos direitos fundamentais, papel dado pelo legislador constituinte (VIANNA, 1999, p.16).

Assim, embora as primeiras pesquisas sobre a judicialização da política no Brasil tenham orientado conclusões diversas, mas às vezes com percepções não

muito distintas, a relevância dos estudos para construção do entendimento do termo à realidade brasileira, foi de fundamental importância.

Como visto, a judicialização da política se prendeu nos primeiros estudos na análise do número de ações propostas, bem como nos autores dessas ações, filtrando-se, dessas informações, as temáticas discutidas nas demandas.

Mas, foi a partir dessa análise que Vianna entendeu que não se pode concordar que a presença do direito na política e nas relações sociais possa ser compreendida e reduzida a “um sinal de patologia republicana e de decomposição do tecido da sociabilidade” (VIANNA, 1999, p. 258). Diferentemente, sinaliza que o movimento da judicialização cria oportunidade propiciadora “da criação da república onde ela, de fato, inexistente, e da construção de uma agenda cívica” (VIANNA, 1999, p. 258).

Expõe Vianna que a nova atuação do judiciário não deve ser vista como tentadora à substituição da política, mas sim no preenchimento de um vazio, o qual o autor entende “que, nas sociedades de massas com intensa mobilização social (como a brasileira), poderia vir a conceder consistência democrática a um excedente de soberania popular que escapa à expressão do sufrágio” (VIANNA, 1999, p. 258).

Além da percepção de Vianna sobre a judicialização da política no Brasil na obra “A judicialização da política e das relações sociais no Brasil”, o autor, em artigo publicado conjuntamente com Marcelo Baumann Burgos e Paula Martins Salles, retomou a pesquisa, sete anos depois, do mesmo objeto, em “Dezessete anos de judicialização da política” (2007), a fim de verificar a persistência do padrão de judicialização outrora constatado. O estudo revelou um aumento no uso dos instrumentos judiciais por parte de diversos atores políticos, identificando, inclusive, estímulo à comunidade de intérpretes na continuidade do investimento na judicialização, dadas as respostas nos julgamentos (VIANNA, 2007).

Outro autor que reconhece a relevância que a judicialização da política vem alcançando, é Rogério Bastos Arantes (ARANTES, 1997; 1999 e 2007).

Arantes, ao abordar a expansão do judiciário na proteção de direitos coletivos e sociais, argumenta que no Brasil, embora o Estado social construído não tenha sido semelhante ao dos países europeus, o modelo econômico implantado em 1930, sob o comando de Getúlio Vargas, fez com que o Estado assumisse um papel central, alcançando um alto grau de intervenção social (2007, p. 100). Refere que esse modelo, mais corporativo que o modelo europeu de bem-estar social,

acarretaria uma nova legislação social. Atribui a essa época o primeiro salto expansionista na seara judicial, pois com o ensejo da criação da Justiça Estadual e da Justiça do Trabalho, tentou-se institucionalizar modalidades de conflitos de grande importância na órbita social e política (2007, p. 100). Ademais, aponta a consolidação dessa expansão a caminho da proteção de uma variada gama de direitos, à outorga da Constituição de 1988 (2007, p. 102).

Com razão, a abertura à expansão da judicialização no Brasil se deu após a Constituição de 1988, pois anteriormente o Estado brasileiro passou por monarquia e ditaduras, criando um lento amadurecimento em torno do Judiciário.

Destaque-se “que nem sempre, nos primeiros anos da Revolução de 1964, foram cordiais, mas ao contrário, tumultuadas, as relações entre o Supremo Tribunal e o Poder Executivo, influenciados pelo predomínio militar” (LEAL, 1997, p. 265), conforme Victor Nunes Leal, cientista político e ministro do Supremo Tribunal Federal em tempos ditatoriais, afirmou.

Ainda, segundo Luís Roberto Barroso (2009, p.7-8), a judicialização brasileira decorre de três aspectos, sendo o primeiro a redemocratização que produziu ascensão do Judiciário, ou seja, deixou de ser uma instituição sem grande relevância em sua atuação, para tornar-se um poder político, bem como o avanço da consciência dos cidadãos sobre seus direitos, passando a postulá-los. Como segunda causa, o autor aponta a “constitucionalização adotada pela Carta de 1988”, ou seja, endereçando competências políticas ao direito, utilizando as normas constitucionais como fundamentos de pleitos judiciais. Num terceiro aspecto, aponta a adoção do modelo de controle de constitucionalidade.

Já Ernani Rodrigues de Carvalho, em pesquisa efetuada em 2002, apoiado nas condições políticas para a judicialização elencados por Tate, aplicou tais condicionantes ao Brasil, passando a verificar a situação brasileira em cada uma delas. Da análise das condicionantes, pode concluir um preenchimento das condições mínimas para o afloramento de um processo de judicialização da política, embora tenha detectado que algumas condições estão presentes, mas não mostram realidades factíveis (CARVALHO, E., 2004, p. 120-121).

As condicionantes examinadas por Carvalho foram: a) existência de democracia (que não é suficiente sozinha), na qual entendeu que somente após a redemocratização de 1988 foi possível o judiciário atuar com peso nos vetos constitucionais; b) separação de poderes, que somente se tornou um princípio

constitucional observável com a Constituição de 1988; c) a existência de direitos políticos, os quais relevou que somente é uma condicionante preenchível quando tais direitos são respeitados, o que somente alcançou um nível aceitável de obediência com a Carta de 1988; d) considerou preenchida a condição sob a nomenclatura do uso de tribunais pelos grupos de interesse, efetuando um levantamento do número de Adins propostas por entidades de classe ou confederações sindicais; e) igualmente, efetuando um levantamento quanto à propositura de Adins por partidos políticos, considerou preenchida a condição do uso dos tribunais pela oposição; f) condição de inefetividade das instituições majoritárias, Carvalho considerou, à época, que o STF adotou opção clara de não-interferência(2004, p.117-120).

Embora, se analisado hoje algumas dessas condicionantes estariam diferentemente preenchidas, é certo destacar que os estudos sobre a judicialização da política no Brasil, bem como a compreensão acerca do termo, passaram a ter relevância após a promulgação da Carta Magna de 1988.

Com efeito, não há que se discordar desse apontamento, sendo que a Constituição de 1988 significa grande ponto de partida para várias mudanças ocorridas no Brasil, entre elas a atuação do judiciário.

Assim, justifica-se o início dos estudos sobre a judicialização da política se darem após o enredo já ser discutido no estrangeiro, ainda que tímida.

Destarte, considerando o breve período em que as obras brasileiras têm abordado o tema, importante consignar recentes estudos sobre o fenômeno e a relação com outros institutos.

Assim como os primeiros estudos efetuados, outro importante levantamento foi realizado por Fabiana de Luci Oliveira, em “Justiça, profissionalismo e política: o STF e o controle de constitucionalidade das leis no Brasil”, em 2011. Mencionado estudo abordou a discussão sob a insígnia da judicialização da política, analisando-se, principalmente, os perfis dos ministros (desde local de graduação até presidente que indicou), tudo com o fito de vislumbrar o comportamento do STF na participação política.

Reconhece Oliveira a ocorrência do fenômeno no Brasil:

Os dados apresentados neste estudo permitem concluir que a judicialização da política no Brasil é uma realidade. A revisão judicial

é um instrumento de controle político que dá poder de veto aos agentes que acionam o tribunal, e também aos ministros do Supremo, sobre as decisões tomadas pelos demais poderes do Estado. Esse instrumento tem sido constantemente utilizado, bastando olhar para o volume de ações diretas de inconstitucionalidade distribuídas no tribunal. O Supremo tem exercitado seu poder de veto com alguma parcimônia, mas sua interferência na política e sua importância e contribuição para o desenvolvimento e a sustentação da democracia no país são inegáveis. (OLIVEIRA, 2011, p. 245)

Portanto, além de reconhecer a presença do fenômeno, Oliveira ressalta que a atuação constitui combustível para a democracia, pensamento do qual compartilha este estudo.

Mas, relacionando a judicialização com outros elementos, tem-se a obra confeccionada por Thamy Pogrebinski, intitulada “Judicialização ou representação? Política, direito e democracia no Brasil” (2012), na qual trabalha-se para demonstrar que a participação do Judiciário em questões políticas não expressa nem reforça uma suposta crise de representação no Brasil. Busca a pesquisadora, portanto, a relação da judicialização da política e da representação.

Importa notar que referida obra foi prefaciada por Arantes, o qual reconhece que o ponto de vista da Ciência Política acerca da expansão judicial em face da democracia “nunca foi bem aceita, muito menos a ideia de que ao adotar constituições e tribunais constitucionais estamos necessariamente melhorando a democracia” (POGREBINSCHI, 2012). Esclarece que “a explicação residiria num movimento estratégico de elites políticas em busca de algum tipo de segurança contra as incertezas inerentes à competição política em regimes democráticos” (POGREBINSCHI, 2012).

Em sua inovadora obra, Pogrebinski assevera que o caráter não majoritário das cortes constitucionais podem demonstrar propriamente uma representação de minorias culturais, mas não necessariamente minoria política. Do modo como expõe, a autora deixa claro que:

[...] a questão consiste em saber em que medida os fundamentos das demandas da “política da presença” não legitimariam a ampliação da representação política pra instituições não eletivas que, contudo, possam eventualmente, não apenas dar voz a tais demandas, como também torná-los presentes. (POGREBINSCHI, 2012, cap. 4)

Com referido enfoque, a provocação da autora está no fato de demonstrar que a representação e, via de consequência, a voz política pode ser localizada junto à instituição contramajoritária (judiciário), muito mais se essa instituição consegue realizar o pleito demandado.

Logo, a autora leciona na direção da possibilidade de ampliação do objetivo da representação política e do espaço de sua aplicação, averiguando que o Poder Judiciário pode ser instância representativa, “a despeito da inaplicabilidade do dispositivo eleitoral enquanto mecanismo de legitimação e *accountability*” (POGREBINSCHI, 2012, cap. 4).

Nessa toada, Pogrebinschi revela com firmeza o caráter político do Judiciário, alertando que a representação política não deve encontrar limites em mecanismos eleitorais, e faz a advertência de que “a democracia necessita provar de modos de aferição de *accountability* da representação diferentes da eleição”, sugerindo que se transcendam esses modos para um plano posterior, com base nos efeitos e consequências da decisão (POGREBINSCHI, 2012, cap. 4).

Assim, a judicialização da política é, ao entender da autora, também uma expressão de representação política, embora se dê por um poder contramajoritário.

Ao contrário, contrapondo-se, inclusive, ao empregado por Pogrebinschi, Maria Luiza Quaresma Tonelli, em sua tese de doutorado em Filosofia pela USP, ao abordar o tema da judicialização da política em face da soberania popular, lida exatamente com o conflito da política e do direito, da política e do (neo) constitucionalismo, apregoando, segundo seu entender, que o discurso judicial afigura-se tão somente em âmbito individual, já o político transcende este ideário. Colaciona-se trecho da mencionada tese:

O discurso da justiça social não pode ser substituído pelo discurso do direito individual [...]. Somente na democracia é possível que a legitimidade se organize de forma que os poderes estejam submetidos à orientação decorrente das urnas, ou seja, é a democracia que legitima o Direito e o próprio Estado. Deste modo, os órgãos judiciários, bem como as suas intervenções apenas se legitimam na exata medida em que não pretendem substituir as tomadas de decisão políticas, ou seja, as decisões democráticas. (TONELLI, 2013, p. 119)

Em sua densa pesquisa, Tonelli assevera que a democracia, entendida como “poder do povo”, não pode ser concebida como uma unidade homogênea (2013, p. 115), referindo-se à intervenção judicial em decisões políticas. Acrescenta, ainda, que a judicialização da política é um risco para a democracia, pois não traduz a escolha política do povo, a qual se dá pelas assembleias eleitas pelo voto popular (2013, p. 118).

Todavia, Tonelli não nega o caráter político do Poder Judiciário, mas adverte que as decisões ali engendradas não se consubstanciam em verdadeira democracia como política por excelência:

O poder judiciário é um dos poderes políticos do Estado e a solução dos conflitos trazidos aos tribunais, principalmente os constitucionais, têm alcance e consequência política. Todavia, o que não se pode perder de vista é que na seara política as decisões são tomadas majoritariamente, enquanto o judiciário é um poder contramajoritário, cujas decisões são sentenças proferidas por juízes não eleitos, independentes, e fora do alcance de um controle externo, ou seja, não são obrigados a prestar conta (*accountability*). (TONELLI, 2013, p. 118)

À guisa de conclusão, Tonelli defende a necessidade de se pensar a democracia sob o enfoque da soberania popular, remetendo-se à escolha política eleita por representantes do povo, pois ascendidos por voto popular. Sem repudiar o papel do Poder Judiciário no cenário político, a autora é enfática ao defender que a justiça só é possível quando enquadrada no protagonismo do povo. Desta feita, conclui:

Pensar o político da democracia sob a perspectiva da soberania popular é não perder de vista que somente pela ação política os homens se reúnem em concerto na luta por direitos. O político da democracia, portanto, só pode estar no protagonismo de um povo composto de cidadãos livres e iguais em direitos e oportunidades, pois fora da política não há justiça possível. (TONELLI, 2013, p 119)

Portanto, a tese de Maria Tonelli está arquitetada sob as argumentações de que a verdadeira vontade política decorre da maioria, sendo que relevar tal tarefa a órgão não majoritário seria enfraquecer a própria democracia.

É notória que a compreensão de judicialização da política, portanto, dadas as pesquisas apresentadas, ganham diversos enfoques e entendimentos, favoráveis ou contrários ao fenômeno.

O presente estudo aborda a temática da judicialização da política e do ativismo judicial como importantes aspectos da própria democracia, na tentativa de vislumbrar seu funcionamento junto ao Supremo Tribunal Federal, permeando algum tensionamento existente.

Ou seja, adiante-se que o enredo buscado no estudo enquadra-se mais ao lado do defendido por Pogrebinski, Arantes e Vianna, compreendendo a judicialização como novo instrumento democrático.

1.3. Judicialização da política, politização da justiça e ativismo judicial

Visando, mais uma vez, delimitar o foco do entendimento deste estudo, cabível novas observações sobre expressões confusas, por vezes tratadas com idêntica significação.

Denote-se que as expressões politização da justiça e ativismo judicial confundem-se e são tomadas como sinônimos de judicialização da política por alguns estudiosos. Todavia, alguns ajustes e diferenciações são de importante relevância para se compreender o que este estudo leva em consideração como o fenômeno estudado.

Para Tate e Vallinder, judicialização da política e politização da justiça seriam expressões correlatas, indicadores da expansão do judiciário nas democracias contemporâneas (MACIEL, 2002, p. 114).

Todavia, não prevalece pacífico na literatura a mencionada correlação, mas sim diferenciação entre todas as nomenclaturas: judicialização da política, politização da justiça e ativismo judicial.

Veja-se que da relação do cumprimento e efetivação de direitos fundamentais pelo Judiciário, é que surge a chamada judicialização que, em sentido amplo, abalizado é o conceito de Luís Roberto Barroso:

Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de

poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o legislativo e o Executivo. (2011, p. 360-361, apud NOBRE, 2013, p. 378)

Mas, como a correlação de termos não é certa, José Ribas Vieira, esclarece que há que se considerar as diferenciações para com o ativismo judicial, pois, apesar de próximos não são termos idênticos:

O ativismo judicial pode ser descrito como uma atitude, decisão de comportamento dos magistrados no sentido de revisar temas e questões – *prima facie* – de competência de outras instituições. Por sua vez, a judicialização da política, mais ampla e estrutural, cuidaria de macro-condições jurídicas, políticas e institucionais que favoreceriam a transferência decisória do eixo do Poder Legislativo para o Poder Judiciário. (2009, p.12, apud NOBRE, 2013, p. 378)

Ao analisar os sentidos da judicialização em obras de Rogério Bastos Arantes e Luiz Werneck Vianna, os autores Débora Alves Maciel e Andrei Koerner destacam que:

No sentido constitucional, a judicialização refere-se ao novo estatuto dos direitos fundamentais e à superação do modelo da separação dos poderes do Estado, que levaria à ampliação dos poderes de intervenção dos tribunais na política. Se considerado um processo que põe em risco a democracia, a tendência seria agravada pelo nosso sistema híbrido de controle da constitucionalidade. (MACIEL, KOERNER, 2002, p. 117)

A judicialização da política, portanto, se manifesta na intervenção do Poder Judiciário em temas políticos atinentes às funcionalidades dos poderes Executivo e Legislativo. Neste cerne, destacam Maciel e Koerner que a obra de Vianna se direciona no sentido de que:

[...] não obstante o processo de consolidação institucional da democracia brasileira, ela experimentaria um déficit no modo do seu funcionamento, resultante da predominância do Executivo sobre o Legislativo e do insulamento da esfera parlamentar em relação à sociedade civil. Contudo, observar-se-ia também reações da cidadania ao fechamento desses poderes às suas demandas e expectativas, indicadas pela busca crescente do Poder Judiciário contra leis, práticas da Administração ou omissões tanto

do Executivo quanto do Legislativo. (MACIEL, KOERNER, 2002, p. 122)

Quanto ao ativismo, percebe-se a atribuição de um sentido pejorativo, maléfico à democracia, porém mais restrito do que o sentido conferido à judicialização.

Tratando dos termos judicialização e ativismo judicial, Vanice Regina Lório do Valle aponta que abordagem no Brasil se dá, sobretudo, como relação de causa e efeito (VALLE, V., 2009).

Valle considera proposta de William Marshall e toma o indicador de que ativismo poderia ser conceituado como “recusa de os tribunais se manterem dentro dos limites jurisdicionais estabelecidos para exercício de seus poderes” (VALLE, V. 2009, p. 39).

Valle defende em sua obra, o que ajuda a conceituar seu entendimento acerca do ativismo judicial, que estaria focado numa postura do Judiciário no sentido de não se prender no traçado delimitado pela Constituição, alterando, então, seu próprio peso no concerto político da relação entre poderes. Sinaliza, ainda, que o ativismo “privilegia não o perfil ideológico e técnico-jurídico, mas a corte como parte de uma complexa equação de poder” (VALLE, V., 2009, p. 40)

Elival da Silva Ramos, por sua vez, em obra dedicada ao ativismo judicial, destaca, ao tratar de Estado de direito democrático e o princípio da separação de poderes, o ativismo estaria:

[...] a se 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. Não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos do aparelho judiciário, e sim, da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes. (RAMOS, 2010, p. 108)

Daniel Giotti de Paula preceitua que ativismo é um conceito fugidio, expondo que:

[...] se é ativismo que o judiciário interfira em alguma medida na execução de políticas públicas, em certas circunstâncias ele supera decisões tomadas pelos canais político-representativos, se em outras ocasiões supre omissões dos poderes políticos que ofendem direitos fundamentais e se, ao exercer a jurisdição constitucional, por vezes é levado a ir além da mera função de legislador negativo, nada disso é, por si só, evidência de atuação desbordante do princípio da separação de poderes ou das exigências da democracia representativa. Ao prestigiar soluções impostas pelos direitos fundamentais, mesmo em contrariedade à vontade de uma momentânea maioria política, a jurisdição presta culto à maioria de maior *status*, àquela que elaborou a Constituição. O Tribunal exerce, assim, função que se justifica no Estado democrático de Direito, ajustando-se ao modelo de distribuição de competências plasmado na Constituição. Não há, só por essas ações, que rotulá-las, pejorativamente, de ativistas. (PAULA, 2013, p. 21)

Assim, embora alguns autores possam considerar o ativismo um termo menos “agressivo”, a maior parte da literatura aponta o ativismo como atuação judicial que ultrapassa o princípio da separação de poderes, além de uma atuação sem respaldo jurídico pelo próprio julgador, decidindo em razões que entendem corretas, desligadas de qualquer parâmetro normativo.

Conforme expõe Dalton Santos Morais, no ativismo judicial, quaisquer que sejam suas intenções, apresenta-se um risco democrático, pois a judicialização “decorre naturalmente de um arranjo institucional estipulado pela própria Constituição com base no *judicial review*”, e já no ativismo, configura-se “uma opção política do Poder Judiciário, em que este, ao invés de submeter-se ao direito vigente, entende-se como capaz de criar livremente o direito que lhe cabe aplicar” (MORAIS, 2012, p. 94).

Assim, o ativismo é visto como atuação desregrada de normatividade, dotada de intenções políticas, suprimindo indevidamente funções de poder político conferidos a outros órgãos e agentes pela Constituição e pelo povo.

Portanto, no que toca o ativismo judicial, percebe-se a concessão de um protagonismo inusitado à magistratura, porém, não é claro na literatura o enredo para designação de uma diferenciação certa entre os termos ativismo e judicialização.

Cumprido esclarecer que, como ora a literatura trata ativismo e judicialização como sinônimos, este estudo entende que existem diferenciações, sendo o ativismo uma postura ou atitude, compartilhando da conceituação esposada por José Ribas Vieira, como exposto acima, e, por sua vez, a judicialização da política, acrescido da

teoria de Tate e Vallinder, uma situação ou fato identificável quando da análise de um julgado como um todo, a par da prevalência de posicionamento.

Coloca-se, pois, este estudo, ao lado daqueles que entendem o ativismo como forma predisposta na realização de mudanças significativas da política pública, agindo dentro dos contornos constitucionais. Trata-se, portanto, de uma postura pessoal identificável na atuação dos juízes. Já no que pertine à judicialização da política, este estudo toma como significação um fato com estrutura identificável.

Ademais, afirma-se novamente que este estudo compartilha da conceituação clássica trazida por Tate e Vallinder, tendo em vista que não quer a pesquisa classificar a atuação individualizada de cada juiz ao proferir as decisões colhidas para análise, embora se poderá aferir um ou outro posicionamento mais ativo. Assim, esclareça-se que no universo da judicialização da política e do ativismo judicial, este estudo toma por base o ativismo como uma postura e a judicialização como um fato. A intenção é verificar as linhas de um possível ativismo nas decisões colhidas, mas com ênfase em analisar a ocorrência da judicialização da política como circunstância mais ampla e de incidência no Supremo Tribunal Federal.

Assim, apesar de ténue a diferenciação, esta pesquisa toma a judicialização, portanto, como uma circunstância, permeada pela postura ativista, configurando um redesenho do Judiciário em sua própria estrutura social e constitucional, porém afastada daquela conceituação de usurpação de funções e ultrapassagem dos limites impostos constitucionalmente, bem como do governo por juízes, chamado outrora de juristocracia.

Ademais, pretende-se analisar a judicialização no Brasil com os contornos que lhe são inerentes, ou seja, embora o fenômeno demonstre a alta procura pela atuação do Judiciário, a pesquisa tem ciência do congestionamento, lentidão e, muitas vezes, ineficácia da jurisdição, mas tal perspectiva será abordada adiante, quando da análise dos *cases* propostos.

Quanto ao termo “politização da justiça”, ou do direito, o termo é apontado como efeito do ativismo, quando usado em sentido pejorativo.

José Herval Sampaio Júnior esclarece que a judicialização, feito do qual não pode o judiciário esquivar-se, tendo em vista sua missão de concretização de valores constitucionais, é situação:

[...] regular e natural em nossa visão, não se confunde, como bem observou Boaventura Souza Santos, com o uso de métodos políticos pelo Poder Judiciário, que conduziria a uma politização da Justiça no sentido pejorativo do termo, já que este Poder tem como norte para sua atuação a Constituição, não podendo decidir por critérios de conveniência e oportunidade, como os demais Poderes, que em algumas situações podem assim agir, mas sempre com obediência aos mandamentos constitucionais”.(SAMPAIO JÚNIOR, 2013, p. 423)

Trata-se, portanto, a politização como terminologia mais próxima ao ativismo, retratada como uma consequência, ao passo que se verifica quando se deixa de depender da vontade legislativa para ser decidida estritamente pelos magistrados, com base em suas próprias preferências. Expõe, nessa toada, Dalton Santos Morais:

Essa “politização da justiça” decorrente de uma super-expansão da jurisdição constitucional pode sugerir aos juízes constitucionais que eles podem deixar de realizar julgamentos jurídicos necessariamente calcados em argumentos e parâmetros de validade de natureza jurídico-constitucional para decidirem com base nos seus critérios pessoais e/ou sob critérios eminentemente políticos de atuação que não lhe são conferidos pela Constituição. (MORAIS, 2012, p. 93)

As definições, assim, de politização e ativismo estão muito próximas e, por vezes se confundem uma com a outra.

Ferejohn, por sua vez, prevê a politização como um efeito perigoso causado por um “descompasso entre as condições positivas que permitem a judicialização e a justificação normativa de leis criadas por juízes” (2012, p. 93). Para o autor, o perigo está no efeito de politizar os tribunais, ou seja, “fazendo as decisões judiciais parecerem politicamente motivadas e tornando as nomeações para a magistratura objeto de contenda política” (2012, p. 93).

Mas, longe da pretensão de querer traçar definições acerca dos termos, o que se deseja neste estudo é clarificar o que se tomou como elemento orientador na conceituação de judicialização da política. Fica registrado, destarte, que não se quer tratar de distorções do fenômeno, mas sim da atuação judicial limitada pela Constituição, porém na busca da efetividade de direitos, podendo, eventualmente, ao final, identificar algum grau de distorção.

1.4. A megapolítica

O presente trabalho pautou-se na escolha de julgados com temas diversos, como o processo eleitoral, a divisão de terras indígenas e o direito à saúde pública. A diversidade decorre da necessidade de se vislumbrar, em pelo menos três aspectos diferentes, como se dá a judicialização da política no Brasil pelo Supremo Tribunal Federal por diferentes enredos políticos, pois não se quer considerar como político apenas as matérias afeitas ao processo do escrutínio.

Por isso, o presente estudo se coloca ao lado das lições de Ran Hirschl (2012), por não haver uma resposta simples ao que significa política e não ser o objetivo deste trabalho delimitar tema de discussão dos clássicos ao modernos filósofos e cientistas políticos.

Mas, para que não se dê azo a uma forma simplista de definição, retomando o já exposto em item anterior sobre Hirschl, que atribui a esse universo a nomenclatura de “megapolítica” (2012, p. 28), compartilha-se desse entendimento, pois a judicialização teria a peculiaridade de se estender para além de questões jurídicas, englobando várias facetas de demandas políticas.

Megapolítica inclui diversas controvérsias, como intocável ponderação elaborada por Hirschl:

[...] o que podemos chamar de “megapolítica”: controvérsias políticas essenciais que definem (e com frequência dividem) Estados inteiros. A judicialização da megapolítica inclui algumas categorias: judicialização dos processos eleitorais; o escrutínio judicial das prerrogativas do poder executivo nos campos do planejamento macroeconômico ou de questões de segurança nacional (isto é, do que é conhecido na teoria constitucional como doutrina da “questão política”); os dilemas fundamentais de justiça restaurativa, a corroboração judicial de transformação de regime; e, acima de tudo, a judicialização da identidade coletiva formativa, de processos de construção de uma nação e de batalhas quanto à definição (sic) da política como tal, aparentemente o tipo mais problemático de judicialização do ponto de vista da teoria constitucional. (HIRSCHL, 2012, p. 138)

Dessa forma, evitando discussão acerca do que é ou não político, certo de que a pesquisa enredaria por caminhos distantes de definição, toma-se como base para entender o fenômeno da judicialização da política a conceituação emanada por

Ran Hirschl, a qual funciona como parâmetro para argumentar as mais amplas questões que serão aqui debatidas.

CAPÍTULO 2

CARACTERIZAÇÃO DA DEMOCRACIA A QUE SE REFERE

O presente estudo revisa algumas concepções ou tipologias de democracia para buscar entender e identificar o fenômeno em estudo, principalmente quando da análise dos cases propostos. Assim, não se tem a pretensão de revisar a teoria democrática, ou aprofundar-se nas conceituações, até porque não é o foco deste trabalho, mas a revisitação a alguns aspectos sobre democracia ajuda a identificar os fenômenos expostos nesta pesquisa.

Nesse tocante, objetiva-se uma visão mais ampla sobre a conceituação, ou melhor, sobre os aspectos significadores da democracia. Para tanto, passa-se a tocar alguns pontos relevantes para este estudo, fundamentados pela metodologia adotada.

2.1. Algumas considerações sobre democracia

A democracia possui diversas teorias a seu respeito, viabilizando e ensejando análise mais teórica, perpassando por elementares essenciais, bem como revelando que os mesmos aspectos podem ser apontados e aperfeiçoados pelos estudiosos do tema, a fim de melhor caracterizá-la ou demonstrar aspectos de evolução ou retroatividade da democracia em determinada localidade.

Sendo assim, importantes teóricos quando tratam da democracia, não necessariamente a conceituam, mas procuram explorar as dimensões e características que a democracia possui.

Isto porque definir democracia é tarefa árdua, pois o instituto é polissêmico, ou seja, comporta muitos significados.

Nesse sentir, Alfio Mastropaolo (2012) ao questionar a essência da democracia, afirma referida polissemia, apontando que as definições mínimas parecem gerar menos problemas e controvérsias, destacando a definição formulada por Norberto Bobbio, que concebeu a democracia como limiar de condições inalienáveis, baseado na experiência dos regimes democráticos do século XX, sendo que Bobbio, segundo Mastropaolo:

[...] stipulates the importance of ‘who’ decides in democracy and ‘how’, excluding any regulation of ‘what’ is to be decided, and he dictates three basic pre-conditions, or ‘rules of the game’. The first rule stipulates that all citizens, or a very large number of them, must be entitled to vote. The second rule stipulates that all decisions must be taken by a majority. A third and final rule stipulates that the choice of voters must be exercised freely and made from among genuine alternatives. (MASTROPAOLO, 2012, p. 9)¹

Todavia, mesmo com um conceito mínimo, Mastropaolo esclarece que muitas indagações decorrem da referida definição de Bobbio, mas que mesmo assim, em que pesem dúvidas acerca da definição, democracia é sempre preferível do que a não-democracia.

Importante mencionar, inclusive, que o próprio autor traz à baila uma possível definição de democracia:

Stripped of its hauteur, democracy is nothing more than one of the many ‘technologies of power’, or the legitimization of power, and the resolution of conflicts. Separating democracy from the values that inspire and legitimate it is clearly a serious error. Historically democracy is the child of these values, no less than it is the child of pluralism and conflict. It is however a solution devised in historical conditions, where no actor was able to predominate over others, and peaceful competition for political authority, and to involve the governed in the action of government. Historically this option may even have been imposed by whoever was temporarily the stronger grouping, in order to facilitate cohabitation between individual and collective actors on the hand, and government on the other. (MASTROPAOLO, 2012, p. 12)²

¹Em tradução livre: “[...] estipula a importância de ‘quem’ e ‘como’ se decide na democracia, com exclusão de qualquer regulamentação sobre ‘o quê’ será decidido, e ele determina três pré-condições básicas, ou ‘regras do jogo’. A primeira regra estipula que todos os cidadãos, ou um número expressivo deles, devem ter o direito de votar. A segunda regra estipula que todas as decisões devem ser tomadas por uma maioria. A terceira e última regra estipula que a escolha dos eleitores deve ser exercida de forma livre e tomada dentre verdadeiras alternativas”.

² Em tradução livre: “Despojada de seu pedestal, democracia não é nada mais do que uma das muitas ‘tecnologias de poder’, ou a legitimação do poder e resolução de conflitos. Separar a democracia dos valores que a inspiram e legitimam é claramente um erro grave. Historicamente a democracia é a criança desses valores e não menos que ela é a criança do pluralismo e do conflito. No entanto, é uma solução concebida em condições históricas em que nenhum ator foi capaz de predominar sobre outros em uma competição política pacífica, envolvendo os governados na ação do governo. Historicamente, esta opção pode até ter sido imposta por quem estava em um grupo mais forte, para facilitar a convivência entre atores individuais e coletivos de um lado e com o governo do outro lado”.

É evidente a carga reflexiva que enseja o conceito elaborado por Mastropaolo, no que pertence conceber a democracia como uma tecnologia de legitimação de poder.

Pode-se dizer, com todos os resguardos ao autor, que a definição proposta também se perfaz em uma definição mínima. Cumpre clarear que, a primeira vista, referido conceito aparentemente despe-se dos valores que impulsionam a democracia, pois, ao passo que se classifica como tecnologia ou instrumento, a aplicação da democracia poderia ser entendida como instantânea ou remedial, distanciando-se da ideia de sua construção gradual.

Reafirmando a polissemia do significado da democracia, Guillermo O'Donnell aponta que a democracia tem um "significado flutuante", o que, por outro lado, não autorizaria uma confusão conceitual (2011, p. 40).

O'Donnell, ao dispor sobre algumas definições de democracia política, cita Schumpeter que, por sua vez, enfatiza que a "democracia é um método político [...] um certo arranjo institucional para chegar a decisões políticas – legislativas e administrativas" (1975, *apud* O'DONNELL, 2011, p. 22). Ainda, Schumpeter estabelece uma definição de método democrático, que seria "o sistema institucional para chegar a decisões políticas no qual os indivíduos adquirem poder para decidir através de uma luta competitiva pelo voto dos cidadãos (dãs)" (1975, p. 242, *apud* O'DONNELL, 2011, p. 22).

A definição de Schumpeter, conforme expõe O'Donnell, é claramente elitista, mas não por isso minimalista (*Ibidem*, p. 24).

Já a definição oferecida por Przeworski, segundo O'Donnell, é minimalista, pois democracia seria "um regime onde os cargos governamentais são ocupados como consequência de eleições competitivas. Só se trata de um regime democrático se a oposição puder competir, ganhar eleições e assumir cargos governamentais" (2000, p. 50-51, *apud* O'DONNELL, 2011, p. 25).

Por sua vez, recorre-se a um importante teórico da ciência política moderna, Robert A. Dahl, que em sua obra "Poliarquia" traz à baila uma importante discussão acerca da transição de regimes políticos, tendendo-os para uma democracia em maior ou menor grau, atingindo *status* de Estado poliárquico quando se obtém alto grau de democracia.

De pronto, o prefácio da obra de Robert A. Dahl, escrito por Fernando Limongi, traz à discussão como a Poliarquia foi uma ruptura dos paradigmas

explicativos das variações de regimes políticos, ou seja, “busca identificar as respostas usuais na literatura para explicar por que somente alguns poucos países conseguem manter regimes democráticos por longos períodos” (1997 *in* DAHL, 1997, p. 13).

Necessário que se tenha como ponto de partida, para tanto, a teoria da modernização, iniciando-se por Seymour M. Lipset, o qual estatui que quanto maior o grau de modernização de uma sociedade, mais democrática ela será, possuindo um vínculo ou relação entre esses dois elementos ou variáveis. Ainda, Lipset afirma que o desenvolvimento auxilia na manutenção da democracia, pois a modernização causa a democracia (1997 *in* DAHL, 1997, p. 14).

Portanto, nessa primeira ideia da teoria da modernização por Lipset, vê-se que é a modernização que pode acarretar ou viabilizar a ocorrência da democracia, ou seja, não dependendo esta de ações políticas, mas sim do apoio à modernização. Logo, todos os países que estivessem em direção à modernidade, deflagrariam, conseqüentemente, na democracia.

Mas, como aponta Limongi, com base nessas premissas, a ideia de Lipset foi contestada, haja vista que “não existiria uma rota única através da qual os países transitariam do tradicional para o moderno” (1997 *in* DAHL, 1997, p. 15).

Nesse tocante, Barrington Moore Jr. traz um novo entendimento, posto que identifica três rotas diferentes, e não apenas uma, como demonstrou Lipset. Conforme descreve Limongi, as três rotas de Moore, sucintamente, seriam: as revoluções burguesas, forma capitalista e reacionária ou o comunismo (1997 *in* DAHL, 1997, p.16).

Ainda, na prefacial da obra “Poliarquia”, explica Limongi que, segundo a teoria de Moore, a fragilidade do processo de modernização, dada sua incapacidade de expurgar velhos formatos de dominação nos países de terceiro mundo, é que acarretaria o fracasso da democracia nessas localidades. Assim, o ideal de Moore era saber qual a rota a ser trilhada por países de terceiro mundo (1997 *in* DAHL, 1997, p. 17).

Identificando essa decadência da democracia nos países subdesenvolvidos, Samuel P. Huntington inova a teoria da modernização buscando outra explicação. Conforme orienta Limongi, Huntington argumenta que “o autoritarismo seria a resultante política do processo de dissolução da ordem tradicional e da mobilização social daí decorrente”, acrescentando que “a democracia seria ameaçada pela

entrada das massas na arena política” (1997 *in* DAHL, 1997, p. 18). Logo, para este último autor, a modernização tenderia para a eliminação da democracia.

O grande indicativo desses desdobramentos da teoria da modernização foi o de que a democracia nos países subdesenvolvidos estaria fadada ao fracasso, tendo em vista a impotência política face à dominação autoritária instalada.

Em sequência, Dahl inovou o cenário teórico com a obra “Poliarquia”, distinguindo as sociedades de acordo com o seu grau de pluralismo, ou seja, rompendo com a concepção de que o país somente poderia alcançar a democracia com a modernização, posto que poderia ser democrático antes mesmo de se modernizar, de acordo com seu grau de pluralismo (1997 *in* DAHL, 1997, p. 19).

Assim, Dahl põe de lado a dificuldade de se incorporar as massas ao sistema político, pautando-se então por variáveis políticas que avançam em direção à democracia, estruturando sua obra nos seguintes eixos: competição e participação política (1997, p. 21).

Pertinente ressaltar o esclarecimento que faz Limongi ao destacar a importância da obra de Dahl:

[...] a formulação de Dahl representa um forte golpe em explicações culturalistas. A manutenção da democracia não depende da adesão prévia dos atores sociais a determinados valores. A adesão às regras democráticas é circunstancial, contingente. (1997, p. 21)

Note-se que Limongi pondera que as explicações culturalistas sofrem forte impacto com a obra de Dahl, posto que se possibilita que os atores políticos alterem o cenário democrático.

Não obstante a isto, a teoria de Dahl, embora tenha inovado o modo de pensar a democracia, inclusive dando-se novo nome para o mais alto grau democrático, qual seja poliarquia, hoje já não se mostra mais suficiente.

Outrossim, teorias culturalistas continuaram sendo sustentadas e defendidas.

A exemplo disto, Ronald Inglehart explica que, mesmo diante da crítica de que as teorias culturalistas fossem consideradas “elitistas”, pois previam determinadas culturas como mais propícias à democracia do que outras, trazendo, nesse sentido, uma certa “superioridade cultural” para o alcance da democracia de algumas culturas em detrimento de outras, estudiosos observaram a América Latina, Europa Oriental e Ásia Oriental, nos anos 90, e “concluíram que fatores culturais

desempenhavam papel importante nos problemas que afetavam a democratização” (2002, p. 147).

Nesse sentido, Inglehart aduz que fatores culturais mostram-se relevantes e defende a importância da cultura para se analisar a democracia.

Defende Inglehart que o desenvolvimento econômico leva a mudanças propícias à democracia. Ainda, em sua obra “Cultura e Democracia”, o autor ilustra que, conforme dados apresentados pela *World Values Survey*, é possível verificar a posição de uma sociedade como mais ou menos democrática de acordo com seu índice de sobrevivência e de auto expressão, sendo que, quanto mais baixo o índice, os países tem governos autoritários, quanto mais alto, mais democráticos (2002, p. 148-149).

O autor aponta, ainda, que o desenvolvimento econômico leva a graduais mudanças sociais e culturais, aumentando a probabilidade do nascimento e manutenção das instituições democráticas, sendo que tal possibilidade:

[...] ajudaria a explicar por que a democracia em massa teve um surgimento relativamente recente na história e por que, ainda hoje, ela é encontrada com mais probabilidade em países mais desenvolvidos economicamente – especialmente naqueles que enfatizam mais os valores de auto-expressão que os de sobrevivência. Esta última interpretação tem implicações ao mesmo tempo animadoras e desanimadoras. A má notícia é que a democracia não é algo que possa ser atingido com a simples adoção das leis corretas. Ela tem maior probabilidade de desabrochar em certos contextos sociais e culturais do que em outros [...]. A boa notícia é que a tendência de longo prazo dos últimos séculos tem sido em direção ao desenvolvimento econômico [...]. (INGLEHART 2002, p. 150)

Depreende-se das referidas explicações que o autor retoma a essência da teoria culturalista, apontando que “a longo prazo, a modernização tende a ajudar a difundir as instituições democráticas” (INGLEHART, 2002, p. 151). Surge, portanto, uma teoria culturalista remodelada de forma mais tênue e mansa, colocando os valores culturais como elementares que influenciam a democracia, tornando mais ou menos previsível sua ocorrência. Logo, a literatura anterior sobre a teoria da modernização é modificada, a fim de fazer-se entender que a cultura desempenha um importante papel na democracia, ao passo que ela “não é alcançada simplesmente com mudanças institucionais ou manobras no nível das elites”, mas

igualmente necessita “dos valores e das crenças das pessoas comuns” (INGLEHART, 2002, p. 152).

Perpassadas importantes conceituações, bem como teorias, nota-se que, embora se possa aderir a uma determinada corrente teórica, existem vários pontos em comum entre elas, os quais somam para uma compreensão da democracia em nosso país. Mas a discussão sobre democracia, não acaba por aqui.

2.2. Democracia direta, indireta e híbrida

O berço da democracia direta está na Grécia, mais precisamente em Atenas, em que havia a reunião do povo na *Ágora*, que corresponde ao parlamento das sociedades modernas, exercendo direta e imediatamente o poder político (BONAVIDES, 2012, p. 288). Mas registre-se que tal exercício dava-se somente por homens livres.

Essa democracia direta ou antiga, era a democracia de um povo que vivia para a coisa pública. Mas, nesse tocante, há uma grande crítica sob o fundamento do maciço número de escravos e espremido número de homens livres³. Com essa crítica, alguns apontam que o que ocorreu na Grécia está mais próximo a uma “democracia minoritária ou aristocracia democrática” (BONAVIDES, 2012, p. 289). A base social escrava concedia ao homem livre preocupações de ordem pública, sem a tomada de tempo que os fatos domésticos ocupam.

Todavia, num posicionamento mais positivo sobre a democracia ateniense, Robert Dahl aduz que, após experiências não democráticas, tais como aristocráticas, oligárquicas, monarquias ou tiranias, ocorreu a possibilidade de homens adultos e livres adquirirem o direito de participação direta no governo, e isso na qualidade de cidadãos. A partir disso surgiu uma nova visão de sistema político, atribuindo-se ao povo (cidadão livre) as condições necessárias para se governar, com recursos e instituições necessárias. Aponta Dahl que tais juízos perduram no núcleo das ideias democráticas modernas (2012, p. 17).

Dessa forma, a democracia ateniense é caracterizada pela associação de indivíduos na *polis* (cidade), onde se dá a reflexão e debate para a progressão das potencialidades humanas, em favor do todo. Isso porque uma boa *polis* promove

³ Cf. BONAVIDES, 2012, p. 288; WOOD, 2011, p. 157 et seq.

atributos de excelência em seus cidadãos, tal como a “virtude, a justiça e felicidade” (DAHL, 2012, p. 20).

Neste aspecto do ensinamento da virtude, encontra-se a passagem em “*Protágoras*”, diálogo escrito por Platão⁴ (opponente direto da democracia ateniense), em que a questão é levantada num contexto político, por Protágoras em resposta à Sócrates:

Agora, que estamos reunidos em Assembleia, se o Estado se vê diante de um projeto de construção, observo que os arquitetos são convocados e consultados sobre a estrutura proposta, e quando se trata de uma questão relativa à construção de navios, são os projetistas de navios, e é assim com tudo que a Assembleia considera objeto de aprendizado e ensino. Se alguém oferece conselho, alguém que não seja considerado conhecedor, por mais belo ou rico ou bem-nascido ele seja, não importa: os membros o rejeitam ruidosamente e com desprezo, até que ele ou seja obrigado a se calar e desistir, ou seja expulso e retirado pela polícia por ordens do magistrado presidente. É assim que eles se comportam com relação a temas que consideram técnicos. Mas, quando se trata de algo relativo ao governo ou país, o homem que se levanta para dar conselhos pode ser um construtor, ou mesmo um ferreiro ou sapateiro, mercador ou armador, rico ou pobre, nascido ou não de boa família. Ninguém o acusa, como sucede aos que mencionei há pouco, que esse homem não tem qualificações técnicas, incapaz de indicar quem o ensinou, e ainda assim tenta dar conselho. A razão deve ser que eles não consideram que este seja um assunto que possa ser ensinado. (*apud* WOOD, 2011, 166)

Vê-se que a possibilidade de qualquer cidadão tratar dos temas políticos é inerente ao sistema implantado, pois a vida política seria uma extensão do próprio cidadão, tendo ele a virtude – mesmo que não inata, mas ensinada – de ponderar sobre decisões políticas a serem tomadas.

Assim, o sistema político dos atenienses tinha em sua base algumas características recomendáveis: a isonomia, a isotimia e a isagoria (BONAVIDES, 2012, p. 291). Assim, antes que a palavra “democracia” se tornasse um termo recorrente, os atenienses se referiam a essas características. Durante a primeira metade do século V a.C., com a aceitação que o “povo” era a autoridade legítima no governo, o termo “democracia” (*demokratia*, palavra composta por *demo* significando povo, e *kratia*, governo ou autoridade, ou seja, governo do povo) ganhou aceitação.

⁴Explica Dahl, as ideias democráticas gregas são colhidas, em verdade, em seus opositores, como Platão e Aristóteles. Cf. DAHL, 2012, p. 20.

A isonomia com característica do sistema político, orientava que todos tinham igualdade perante a lei, ou seja, o mesmo tratamento a todos os cidadãos (Bonavides 291). A isotimia dava cabo aos títulos ou funções hereditárias para acesso ao exercício das funções públicas, “sem mais distinção ou requisito de merecimento, [...] honradez e confiança”, revelando a incompatibilidade da aristocracia privilegiada com este princípio de sistema político (BONAVIDES, 2012, p. 291). Por sua vez, a isagoria diz respeito ao direito à palavra, conferidos a todos na assembleia, possibilitando a participação no debate dos negócios e interesses públicos.

Para além destes princípios, Dahl (2012, 26-28) afirma que a democracia de Atenas estava condicionada em seis aspectos: (i) harmonia nos interesses dos cidadãos, compartilhando um bem geral que não contradiga seus objetivos e interesses pessoais; (ii) homogeneidade dos cidadãos no que tange aos recursos econômicos e na quantidade de tempo livre, devendo minimizar as desigualdades, sob pena de haver conflito e não se ter uma boa *polis*; (iii) o corpo de cidadãos deve ser reduzido, devendo ser ainda menor que o de Atenas (aproximadamente 40 mil), para evitar heterogeneidade e viabilizar as reuniões em assembleia; (iv) os cidadãos devem ser capazes de reunir-se e decidir, diretamente, sobre leis e cursos de ação política; (v) além da participação nas assembleias, os cidadãos deveriam participar da administração da cidade; (vi) a cidade-Estado deve ser autônoma, podendo fazer alianças quando necessária para defesa, por exemplo, mas nunca permitir que haja sobreposição na autonomia definitiva da *polis* e da soberania das assembleias.

Essas condições destoam das democracias modernas, mas são essenciais para compreender o *modus operandi* da democracia em Atenas. Com mais evidência, verifica-se que os princípios que alicerçam a democracia clássica fazem decorrer tais condicionantes, mas também são aspectos fundantes das democracias modernas – logo, tais princípios mostram sua adaptabilidade e influência para a base democrática como um todo.

Neste aspecto, Norberto Bobbio ressalta a isogonia (ou isonomia) como fundamento da democracia moderna, considerando-se os “homens originariamente iguais” (BOBBIO, 2000, p. 378). Ainda, acentua que outra influência para a absorção dessa ideia no pensamento político ocidental foi o pensamento cristão dos homens filhos de um único Deus, ascendendo a ideia de fraternidade, que acabou por constituir um dos princípios da Revolução Francesa.

Contudo, o sistema de democracia direta tal como demonstrado em Atenas, foi abandonado, conforme ocorreu o crescimento populacional, além da mudança do perfil da sociedade, em que o cidadão passou a reger-se por interesses da vida particular, deixando à margem interesses públicos. Viu-se, assim, o declínio dessa formatação de democracia.

Nesse interim, apresenta-se uma nova formação: a democracia representativa ou indireta.

Dahl leciona que os gregos achavam pouco recomendável um sistema em grande escala. Todavia, por mais longe que o cidadão estivesse de Roma, ele tinha acesso às assembleias para eleição dos magistrados e aprovação das leis. Mas, com o afastamento de Roma, o cidadão acabava deixando de participar da vida pública do Estado. Assim, gradualmente as assembleias tornaram-se corpos representativos, o qual Dahl atribui uma representação virtual e não real. Pontua Dahl, que de igual forma a representação não preocupava os teóricos republicanos da Itália renascentista, ignorando-se o problema de participação do cidadão nas decisões do Estado. Acresce que, desde a Grécia clássica até o século XVII, a representação “ficou quase sempre à margem da teoria e da prática do governo republicano ou democrático” (DAHL, 2012, p. 43).

Assim, Dahl acentua que a representação não foi inventada pelos democratas, mas seus primórdios estão afeitos à “instituição medieval de governo monárquico e aristocrático” (2012, p. 43). O rompimento teria acontecido durante a Guerra Civil Inglesa, em que os Puritanos, na busca da alternativa republicana à monarquia, questionaram práticas democráticas. Ou seja, enquanto demandavam por um sufrágio mais amplo e um governo que respondesse a um eleitorado também amplo, incluíram a necessidade de representação. Todavia, mais um século seria necessário para a assimilação da representação na teoria à prática democrática.

Prossegue Dahl que mesmo com a expressão de Locke no que pertine ao consentimento da maioria, bem como quando Rousseau insistiu na inadmissibilidade da representação, foi seguida uma “visão tradicional” (2012, p. 43).

Destarte, Dahl esclarece que a representação desenvolveu-se na Inglaterra e Suécia, nas assembleias convocadas pelos monarcas para tratar de assuntos do Estado (como impostos, guerra, sucessão). Disso, vinham representantes de vários Estados que deviam representar e existiam reuniões em separado, para cada um deles.

Com isso, no século XVIII, os pensadores começaram a perceber o que estava ocorrendo: ao inserir uma ideia democrática a uma prática não-democrática de representação, a democracia assumia uma nova dimensão. Nesse sentido, Montesquieu, na clássica obra “O Espírito das leis” – de 1748 –, exarou admiração à Constituição Inglesa e declarou, em face de inviabilidade do povo reunir-se num corpo legislativo e deliberar sobre questões políticas, deveria escolher representantes para fazê-lo em seu lugar. Dahl afirma que nas gerações desde Montesquieu e Rousseau, “a representação foi amplamente aceita pelos democratas e republicanos como uma solução que eliminou os antigos limites ao tamanho dos Estados democráticos” (2012, p. 44), transformando a democracia e readaptando para aplicação em grandes Estados nacionais, trazendo uma nova faceta da democracia para a era moderna.

Ao traçar as características da democracia indireta, descreve Paulo Bonavides:

A moderna democracia ocidental, de feição tão distinta da antiga democracia, tem por bases principais a soberania popular, como fonte de todo o poder legítimo, que se traduz através da vontade geral (a *volonté générale* do Contrato Social de Rousseau); o sufrágio universal com pluralidade de candidatos e partidos; a observância constitucional do princípio da distinção de poderes, com separação nítida no regime presidencial e aproximação ou colaboração mais estreita no regime parlamentar; a igualdade de todos perante a lei; a manifesta adesão ao princípio da fraternidade social; a representação como base das instituições políticas; a limitação de prerrogativas dos governantes; o Estado de direito, com a prática e proteção das liberdades públicas por parte do Estado e da ordem jurídica, abrangendo todas as manifestações de pensamento livre; a temporariedade dos mandatos eletivos; e, por fim, a existência plenamente garantida das minorias políticas, com direitos e possibilidades de representação, bem como das minorias nacionais, onde estas porventura existirem. (BONAVIDES, 2012, p.295)

Essas características, agregadas com o tempo pelas práticas democráticas, formam uma sólida concepção e modelagem de democracia indireta. Inclusive, Bonavides preceitua que o retorno à democracia direta é impossível, seja pela larga base territorial existente, seja porque o homem da democracia direta era integralmente político, enquanto, segundo o autor, é apenas “acessoriamente político”, pois “todo um sistema de garantias jurídicas e sociais fazem efetiva e válida

a sua condição de ‘sujeito’ e não apenas ‘objeto’ da organização política” (BONAVIDES, 2012, p. 293).

Mesmo que não seja possível o retorno da democracia à democracia direta ateniense, admissível a reflexão de que pode haver uma reestruturação da própria democracia, reenquadrando as características diretas, apresentando-se uma nova fórmula da antiga democracia. Assim, faz-se essa ressalva ao pensamento do autor.

Ainda, há uma terceira forma de democracia, uma formulação híbrida e contemporânea: a democracia semidireta. Trata-se de uma democracia que aproxima a democracia representativa da democracia direta, com mecanismos de participação interventiva do povo. Explica Bonavides que a alienação política pelo povo é feita parcialmente, em que determinadas instituições ou institutos efetivam a intervenção popular, dando cabo a “um poder de decisão de última instância, supremo, definitivo, incontestável”. Dessa forma, o povo não estaria restrito à eleição, não sendo apenas colaborador político, mas também jurídico, ou seja, “o povo não só elege, como legisla” (BONAVIDES, 2012, p. 296).

Esses instrumentos ou institutos apontados para formulação da democracia semidireta são o referendo, a iniciativa popular, plebiscito, o veto popular e o *recall*⁵.

Há, nesse sentido, no que tange à participação política, um acréscimo de moderada participação jurídica, em virtude do reconhecimento normativo de esferas de competências em que o povo, segundo critérios estabelecidos legalmente, participa diretamente.

Contextualizando o surgimento da democracia semidireta, Bonavides expõe que o período de proliferação se deu durante as três primeiras décadas do século XX, com ênfase após a Primeira Grande Guerra Mundial, fase de crise das instituições democráticas ocidentais. Pontua que a Suíça foi o berço, se irradiando para o continente europeu.

Após a Segunda Grande Guerra Mundial, com o constitucionalismo contemporâneo – tema abordado adiante –, se fez melhor emprego das técnicas de intervenção popular direta. Todavia, também se passou a delegar mais forças aos

⁵ Segundo Bonavides (2014), *recall* é um instituto de revogação individual de mandatos eletivos, ou seja, uma destituição do cargo ou mandato daquele que decaiu da confiança popular. Em termos gerais, corresponde à cassação de mandato de um indivíduo. Essa revogação de mandato é inicialmente formulada em petição por parcela de indivíduos. No Brasil, tramitou a PEC 73/2005, a qual instituiu o referendo revocatório de mandato de Presidente da República e de Congressista. Esse projeto restou arquivado, pelo Senado, em 26 de dezembro de 2014. Nesse sentido, confira-se o sítio eletrônico do Senado Federal, disponível em <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/76146>>. Acesso em set. 2016.

partidos políticos, o que, segundo Bonavides (2012), foi enfraquecendo em importante grau a democracia semidireta. Assim, as Constituições passaram a tratar os mecanismos da democracia semidireta de forma tímida, com importante redução.

Mas, atualizando essa transformação, apontando o Brasil como exemplo, Bonavides leciona que a democracia semidireta vem ganhando novas forças, o que pode ser motivado pelo descrédito aos partidos, de forma geral, revertendo a funcionalidade dos instrumentos da democracia semidireta (a Constituição brasileira prevê o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular, conforme consta no art. 17, incisos I, II e III, respectivamente).

Portanto, mesmo que de modo mais tímido e limitado, os instrumentos semidiretos ainda possuem relevância no sistema democrático moderno.

2.3. Democracia substancial: a atuação judicial como elemento para classificação da democracia

Importante teórico da substancial democracia é Ronald Dworkin, conceitos dos quais se utilizará esse estudo para explicitar as razões e entendimentos desses enredos teóricos.

Dworkin adota a concepção substancial da democracia ao rejeitar a “premissa majoritária” (2006, p. 24). Por premissa majoritária, entende a tese dos resultados justos de um processo político, que obedece aos seguintes enredos:

[...] insiste em que os procedimentos políticos sejam projetados de tal modo que, pelo menos nos assuntos importantes, a decisão a que se chega seja a decisão favorecida pela maioria dos cidadãos ou por muitos entre eles, ou seja, pelo menos a decisão que eles favoreceriam se dispusessem de informações adequadas e de tempo suficiente para refletir. Esse objetivo parece perfeitamente razoável, e muita gente, talvez sem refletir o bastante, tomou-o como expressão da própria essência da democracia. Essas pessoas acreditam que os complexos arranjos políticos que constituem o processo democrático devem direcionar-se para essa meta e tomá-la como critério: a meta de que as leis geradas pelo complexo processo democrático e os cursos de ação por ele seguidos sejam, no fim, os aprovados pela maioria dos cidadãos. (DWORKIN, 2006, p. 24)

Explica que a premissa majoritária não afasta que os indivíduos possuem direitos morais que devem ser respeitados pela maioria. Contudo, como modo exemplificativo, indica que em certas comunidades do Reino Unido a premissa majoritária orientou que as ideias da maioria deveriam prevalecer, definindo quais seriam os direitos individuais, bem como as melhores formas de garanti-los e respeitá-los. Tudo isso por ter o Reino Unido uma constituição escrita e outra não, sendo que esta última, mesmo que tacitamente, de certa forma orientaria quais normas o Parlamento não poderia aprovar. Cita que, a exemplo da liberdade de expressão contida na Constituição britânica, parecia natural que a maioria política, por meio do Parlamento, decidisse o significado dessa proteção, bem como seu alcance, podendo rejeitá-la, inclusive. Ainda, se fosse claro ao Parlamento impor restrições, os tribunais britânicos não poderiam invalidar a decisão, em vista da premissa majoritária .

Em relação aos Estados Unidos, pontua Dworkin que, mesmo aceitando a premissa majoritária como objetivos e definições últimas da democracia, tem-se que em algumas ocasiões a premissa não deve prevalecer. Isso com relação aos direitos individuais, aceitando algumas decisões da Suprema Corte que rechaçam leis populares em vantagem de direitos individuais. Todavia, esclarece que essa atenuação revela uma fraqueza da premissa majoritária, o que pontua como “algo lamentável do ponto de vista moral” (DWORKIN, 2006, p. 25).

Portanto, Dworkin afirma que para a rejeição da premissa majoritária há necessidade de uma fundamentação diferente, que atenda ao valor e à finalidade da democracia. Essa tese o autor chama de “concepção constitucional da democracia” (DWORKIN, 2006, p. 26), que se revela como uma teoria da concepção material ou substancial da democracia.

Por essa concepção, mencionado autor defende que as decisões devem ser tomadas por instituições políticas que visem, com primazia, a igualdade dos indivíduos. Nessa toada, considera robusta a atuação não-majoritária (fazendo inferência ao Poder Judiciário) em certas circunstâncias para promover essa igualdade. A igualdade apresenta-se, segundo o autor, como a própria essência da democracia. Ressalte-se trecho da obra de Dworkin:

O objetivo que define a democracia tem de ser diferente: que as decisões coletivas sejam tomadas por instituições políticas cuja

estrutura, composição e modo de operação dediquem a todos os membros da comunidade, enquanto indivíduos, a mesma consideração e o mesmo respeito. É certo que essa explicação alternativa do objetivo da democracia exige premissa majoritária. Exige que as decisões políticas do dia-a-dia sejam tomadas por agentes políticos escolhidos nas eleições populares. Porém, a concepção constitucional requer esses procedimentos majoritários em virtude de uma preocupação com a igualdade dos cidadãos, e não por causa de um compromisso com as metas da soberania da maioria. Por isso, não opõe objeção alguma ao emprego deste ou daquele procedimento não-majoritário em ocasiões especiais nas quais tal procedimento poderia proteger ou promover a igualdade que, segundo essa concepção, é a própria essência da democracia; e não aceita que essas exceções sejam causa de arrependimento moral. (DWORKIN, 2006, p. 26)

Com essa concepção, Dworkin pondera que “a democracia é um governo sujeito às condições [...] de igualdade de *status* para todos os cidadãos” (2006, p. 26). Elabora, pois, a condicionante de que o governo da maioria estaria sujeito para atingir o objetivo democrático estatuído na Constituição, devendo atingir, portanto, a igualdade. Com essa acepção, Dworkin verifica que quando as decisões das instituições majoritárias garantem tal objetivo, devem ser aceitas por todos. Todavia, pontua que quando não atuam dessa forma, mostrando deficiência à sujeição da igualdade, essas instituições não podem fazer objeção com base na democracia ou com base em outros procedimentos para repudiar instituições que atuem para a garantia da democracia. Nesse caso, afirma o cabimento da atuação não-majoritária de Tribunais Constitucionais para derrubada de decisões ou leis inconstitucionais, fazendo efetivamente valer a condição de igualdade de todos os cidadãos. Reconhece, por esse aspecto, a derrubada da premissa majoritária em proveito do que entende como a própria essência da democracia, qual seja a igualdade, não objetivando assim as metas da soberania da maioria.

Por assim dizer, segundo Dworkin, “a melhor forma de democracia é aquela que tem maior probabilidade de produzir decisões que tratem todos os membros da comunidade com igual consideração e respeito (*equal concern and respect*)” (2000, *apud*. MENDES, 2008, p. 53). Porém, sob o viés constitucional que Dworkin enfatiza em sua teoria, a democracia exige que a consideração do “*status* dos cidadãos esteja fora dos procedimentos majoritários” (MENDES, 2008, p. 53).

Nesta seara, Dworkin rejeita uma tese estatística da democracia, optando por um sentido integrado, comunal. O filósofo aduz a existência de uma democracia de

ação comunal e integrada, havendo “um compromisso moral subjacente: construir um ente coletivo, no qual todos se sintam filiados” (MENDES, 2008, p. 64).

Por tudo isso, com a concepção substancial da democracia, ou concepção constitucional, Dworkin rechaça a premissa da maioria, não se satisfazendo com as decisões tomadas por instituições reconhecidamente políticas – ou aquelas que garantem uma deliberação majoritária –, mas exige que a decisão seja capaz de assegurar a igualdade. A título de exemplo, o autor se vale da ideia de existência de lei pela qual somente membros de uma determinada raça pudessem se candidatar para cargos públicos. Se um Tribunal, com poder constitucional para determinar a inaplicabilidade da lei ou declaração de sua inconstitucionalidade, atuasse afastando a lei, haveria o comprometimento da premissa majoritária, mas estaria de acordo com os objetivos da democracia, nos moldes da teoria substancial. Preceitua sobre mencionado exemplo:

É claro que pode haver desacordo quanto a saber quais são, na realidade, as condições democráticas, e quanto a saber se uma determinada norma as ofende ou não. Mas, de acordo com a concepção constitucional, não teria cabimento levantar-se objeções, sob a alegação de que tal prática seria antidemocrática, a que a decisão final acerca dessas questões fosse reservada a um tribunal; isso não teria cabimento porque essa objeção parte do princípio de que as leis em questão respeitam as condições democráticas, e é exatamente esse o assunto que está em questão. (DWORKIN, 2006, p. 27)

Nesse sentir, Dworkin pretende afastar o diagnóstico que preleciona o comprometimento da democracia quando da revisão judicial das normas. Em verdade, Dworkin reconhece e insiste que o objetivo da democracia está no igual *status* que se alcança aos cidadãos. Essa afirmação é o que o filósofo chama de “condição democrática” para atuação antimajoritária (MENDES, 2008, p. 53).

É nessa análise que Dworkin defende a revisão judicial como parte do objetivo democrático, na pretensão do resguardo da igualdade. Reflete no sentido da legitimidade da jurisdição ao anular uma decisão política tomada pela maioria legislativa, não entendendo por afronta à democracia, mas aperfeiçoamento.

Para o autor, a jurisdição se diferencia da atividade legislativa pelo uso de uma argumentação com base em princípios – princípios estes que devem buscar atender aos direitos de cada um, conforme estabelecido pela Constituição, e não um

querer da maioria ou vontade geral –, não com base na política. Mas Dworkin também revela-se como um pós-positivista, criticando o positivismo jurídico, a qual apregoa que os indivíduos só possuem direitos jurídicos caso originados de decisões e práticas sociais expressas. Segundo Dworkin, é legítimo afirmar que os indivíduos têm direitos além dos expressamente reconhecidos pelas vias de deliberação, manifestando-se que todos têm “direitos ao reconhecimento judicial de suas prerrogativas, mesmo nos casos difíceis, quando não existem decisões judiciais ou práticas sociais inequívocas que exijam uma decisão em favor de uma ou outra parte” (2002, Prefácio, p. XVI).

Por esta concepção, Dworkin realiza uma combinação de forma e conteúdo da democracia, ou seja, uma soma das decisões colhidas pelo procedimento majoritário, bem como pelas decisões tomadas pelos Tribunais, mas levando em conta quando a decisão ou temática a ser abordada pelo juiz não encontra resolução em texto legal.

É com esse raciocínio que o filósofo desenvolve o evento do “caso difícil” (*hard case*), aquele em que não há regra estabelecida para resolução da lide, apresentando quais tipos de argumentações o juiz deve se valer para decidir (2002, p. 131).

Nessa esteira, Dworkin faz distinção entre os “argumentos de política”, sendo aqueles que demonstram o fomento ou proteção a algum objetivo coletivo, considerados relevantes para a comunidade como um todo e os “argumentos de princípio”, que justificam determinadas situações em que se respeita ou assegura um direito individual ou de um determinado grupo (DWORKIN, 2002, p. 129).

Dworkin sustenta os argumentos de princípio e os argumentos de política em um liame fronteiro entre as funções do legislador e do juiz, distribuindo responsabilidade política entre eles. Segundo o filósofo, os “argumentos de política são monopólio do legislador” (MENDES, 2008, p. 37), mas os argumentos de princípio não são monopólio do juiz. Ou seja, o legislador pode utilizar-se de argumentos de princípio e de política, mas um juiz ou tribunal somente de argumentos de princípios e isso não indicaria que estão legislando. Nesse sentido, o argumento de princípio prevalece sobre decisões majoritárias, “pois possuem fundamento em direito moral” (MENDES, 2008, p. 37). Nesse sentido é que são insubmissos à maioria, pois levar os direitos a sério é considerá-los um “trunfo”, tê-

los como ideia de dignidade humana e igualdade (DWORKIN, 2002, p. 304-305). Essa é, segundo Dworkin, a barreira incontornável em face da maioria.

Afirma Dworkin a necessidade de que juízes utilizem argumentos de princípio em casos difíceis:

Minha visão é que o Tribunal deve tomar decisões de princípio, não de política – decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove melhor o bem-estar geral –, e que deve tomar essas decisões elaborando e aplicando a teoria substantiva da representação, extraída do princípio básico de que o governo deve tratar as pessoas como iguais. (DWORKIN, 2001, p. 101)

Assim, com argumentos de princípio é que cabe ao Tribunal efetuar revisão judicial, pois estará atuando para atingir o objetivo essencial da concepção de democracia em Dworkin – a substancial democracia. O autor reconhece explicitamente a constituição como “mãe e guardiã da democracia” (DWORKIN, 1999, p. 476) e engendra que a Constituição torna possível a democracia, pois seria o objetivo por ela perseguido. A democracia, portanto, seria de expressão constitucional.

Destarte, tendo por base a Constituição como norma suprema de um Estado, Dworkin tece em sua obra “Levando os direitos a sério” – analisando, em especial, a Constituição dos Estados Unidos – uma explicação sobre a projeção dos significados imbrincados na norma constitucional. Primeiramente, remete que há conceitos vagos e imprecisos, que necessitam de interpretação, mas essa interpretação deve ser realizada num dinamismo desprendido pelo tempo e não apreendido às intenções da época em que determinada norma foi criada.

Nesse sentido, em análise à Constituição dos Estados Unidos, Dworkin asseverou a existência de “padrões vagos de moralidade”, mas que essas cláusulas vagas não poderiam ser interpretadas de forma estrita, reconhecendo somente direitos à época da elaboração da norma, pois assim restringiria direitos de um grupo de pessoas em detrimento de outro, atribuídos em determinado período histórico (DWORKIN, 2002, p. 209-211). Defende que a interpretação deve acompanhar os padrões no tempo.

Dworkin tece exemplo instrutivo para ilustrar seu pensamento: a Suprema Corte dos Estados Unidos decidir se a pena de morte é cruel, tendo em vista

cláusula constitucional que proíbe punição cruel e incomum. Isso porque quando da adoção da cláusula, a pena de morte era prática inquestionável, o que levaria a pensar que a intenção do legislador ou do constituinte era delimitar concepção mais específica de crueldade, sem muito alcance. Mas, contrapõe que poderia a Corte defender uma concepção mais aberta de crueldade, desde que interpretasse a constituição e, utilizando princípios, criasse uma teoria para esclarecer a “cláusula vaga” (DWORKIN, 2002, p. 213-214).

Também é nesse sentido que Dworkin, na obra “Império do Direito”, critica o historicismo como aquela que se prende ao sentido ou intenções quando da criação da norma (intenção dos fundadores), o que levaria os intérpretes a entender que as intenções geradoras esgotariam totalmente a Constituição. Defende, pois, que a Constituição expressa princípios, e, por isso, não se pode compreender que ela pare no tempo para atender às ideias de um determinado governo, de uma determinada época:

[...] na medida do possível, o sistema de direitos deve ser interpretado como a expressão de uma concepção coerente de justiça. Isso não poderia ser obtido através da forma frágil de historicismo, que liga os juízes às opiniões concretas dos governantes históricos que criaram cada direito, até onde tais opiniões concretas possam ser descobertas, mas pede-lhes para utilizar algum outro método de interpretação quando os fundadores da Constituição não tinham nenhuma opinião, ou quando esta perdeu para a história. É uma fórmula infalível para produzir incoerência no esquema constitucional que gera, porque os fundadores, em diferentes épocas, tinham opiniões concretas diferentes sobre as exigências da justiça, e porque os juízes que usam métodos não-históricos quando essas opiniões não podem ser recuperadas terão opiniões concretas diferentes daquelas de qualquer fundador. O historicismo forte liga os juízes às intenções históricas concretas de modo ainda mais firme: exige que tratem essas intenções como se esgotassem totalmente a Constituição. Mas isso equivale a negar que a Constituição expressa princípios, pois não se pode considerar que estes parem ali onde também param o tempo, a imaginação e os interesses de algum governante histórico. A Constituição leva os direitos a sério; já o mesmo não se pode dizer do historicismo. (DWORKIN, 1999, p. 441)

A par disso, Dworkin desenvolve a ideia de direito como integridade, voltando-o para o passado e futuro, requerendo uma leitura dinâmica, integrando a interpretação à prática constitucional, a fim de verificar o direito como um todo coerente. Em vista das lições de Dworkin, Conrado Hübner Mendes explica que o

princípio da integridade coaduna-se em uma “permanente reatualização dos princípios morais” transcritos na Constituição (MENDES, 2008, p. 47).

Com isso, Dworkin tanto apregoa a interpretação como integridade e os efeitos prospectivos desta, provocando o leitor a pensar em um “romance em cadeia”. Essa exemplificação demonstra como o direito deve ser interpretado. Levando em consideração que, em um romance em cadeia, “cada romancista interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante” (DWORKIN, 1999, p. 276). Nesse cenário, cada romancista deve criar um romance a partir do que recebeu, acrescentando o que lhe for pertinente, mas no intuito de “criar o melhor romance possível como se fosse obra de um único autor, e não, como na verdade é [...], produto de muitas mãos diferentes” (DWORKIN, 1999, p. 276). Isto é, o intérprete deve dar continuidade à interpretação, limitando a liberdade criativa.

Para chegar a essa interpretação contínua ou integrativa, Dworkin aponta duas fases necessárias: da adequação e do ajuste. Na fase da adequação, o romancista deve verificar quais são as interpretações compatíveis com os capítulos anteriores. Mas, caso o intérprete ou romancista entenda que há mais de uma compreensão possível, “que nenhuma interpretação isolada se ajusta ao conjunto do texto, mas que mais de uma o faz”, deve passar à segunda fase, que “vai exigir-lhe então que julgue qual dessas leituras possíveis se ajusta melhor à obra em desenvolvimento” (DWORKIN, 1999, p. 277-278). Destarte, toda essa figuração montada por Dworkin quer significar que os juízes devem buscar encontrar, com um conjunto de argumentações em princípio, a melhor interpretação, que maximize a estrutura de princípios.

Disto, Dworkin desenvolve a figura de um juiz imaginário para descrever o raciocínio que deve ser desenvolvido para um julgamento coerente em casos difíceis. Cria, assim, o “juiz Hércules”, utilizando-se de personagem da mitologia grega, com capacidades sobre-humanas e que concebe o direito como integridade (DWORKIN, 2002, p. 165).

A figura do juiz Hércules, em Dworkin, tem o intuito de demonstrar como o juiz pode chegar à resposta certa em casos difíceis. Esse juiz com poderes hercúleos dispõe do tempo que quiser para tomar decisões. A figura mitológica investida em juiz é capaz de analisar todo o ordenamento jurídico e precedentes para extrair deles os princípios subjacentes que bem direcionam ao significado substantivo da moral

básica. Hércules deve encontrar a resposta que resista a todo tipo de contra argumentação.

Com essa exemplificação, Dworkin não quer referir que juízes possuem poderes sobre-humanos, mas sim deseja traçar um modo de busca de decisão ideal, com observância na integridade do direito (análise do conteúdo normativo disponível) e do objetivo democrático (igualdade de *status* entre os cidadãos). Pretende compor um caminho de busca de decisão baseada em argumentação de princípio. Isto porque torna-se uma tentativa dos juízes a busca pela resposta certa, mas considerando todas as limitações, elas podem não ocorrer. Explica o filósofo:

Disse que Hércules, que tem habilidades sobre-humanas e, por isso, trabalha rapidamente, poderia preparar de antemão toda uma teoria política, ricamente detalhada, com a qual poderia então enfrentar casos específicos difíceis. Não foi minha intenção sugerir que os juízes mais comuns de fato fazem a mesma coisa, embora desempenhem suas funções até onde o uso completo de suas habilidades e de seu tempo mais limitados lhes permitem. Foi minha intenção, no entanto, dizer que fazem parcelas bem pequenas do mesmo trabalho, como e quando a ocasião assim requer, de modo que não produzem uma teoria geral, mas, na melhor das hipóteses, pequenos trechos de uma teoria geral ou, como sem dúvida freqüentemente ocorre, trechos de teorias diferentes. Mesmo fazendo isso, baseiam-se não em um estudo filosófico formal, mas em ideias intuitivas do que um esquema mais geral justificaria, feitas mais articuladas pela experiência de defender suas intuições diante de casos reais e hipotéticos proporcionados pela prática. (DWORKIN, 2002, p. 549)

Hércules é guiado pelo senso de integridade constitucional, verificando a melhor solução possível para a prática constitucional. Tal é o sentido da responsabilidade que Dworkin quer aferir à jurisdição, ou seja, na busca por argumentos de princípios quando se depara com casos difíceis que Hércules é a simbologia dessa observância, alçando a jurisdição à protetora dos princípios, aplicando os sentidos que se manifestam democraticamente na constituição, decidindo através de argumentos de princípio.

Conrado Hübner Mendes leciona que as lições de Dworkin enredam ser sem sentido considerar antidemocrática a revisão judicial, pois democracia não está atrelada somente à premissa majoritária, mas ao sentido comunal de “governo pelo povo” (MENDES, 2008, p. 76). Há, por isso, uma desvinculação da democracia à regra da maioria, ou à regra meramente procedimental. Isto porque revela Dworkin

que a democracia “requer uma substância (condições democráticas) e não interessa por qual autoridade seja alcançada” (MENDES, 2008, p. 76).

Vale frisar, nesse sentido, que Dworkin faz advertência quanto à atuação da jurisdição, mas reconhece que é um mecanismo promissor da democracia:

Se todo o poder político fosse transferido para os juízes, a democracia e a igualdade de poder político seriam destruídas. Mas agora estamos considerando apenas uma classe pequena e especial de decisões políticas. Não é fácil perceber como devemos examinar se e quanto os cidadãos individuais perdem, em poder político, se forem atribuídas aos tribunais algumas dessas decisões. Mas parece plausível que – seja como for que se meçam perdas de poder político – que alguns cidadãos ganham mais do que perdem. [...] Mas não há nenhuma razão para pensar, abstratamente, que a transferência de decisões sobre direitos, das legislaturas para os tribunais, retardará o ideal democrático da igualdade de poder político. Pode muito bem promover esse ideal. (DWORKIN, 2001, p. 31-32)

Nesse teor, Dworkin admite que a revisão judicial pode errar e atingir uma decisão antidemocrática ao buscar pela decisão certa, porém a tentativa de alcançar a resposta correta, justifica sua existência.

Por tudo isso, a coerência nas obras de Dworkin demonstra a ênfase defensiva da tese substancialista, pois perpassando pela concepção substancial ou constitucional da democracia, o autor enfatiza a Constituição como verdadeira fonte da democracia, buscando destacar que a interpretação deve ser construída de acordo com argumentações principiológicas, conferindo e esclarecendo concepções sobre justiça e concepções moralmente esperadas.

O autor, portanto, parte dessa concepção de democracia para alicerçar sua concepção sobre a atuação do judiciário. Perpassadas essas lições, passa-se a verificar a democracia procedimental.

2.4. Democracia procedimental

Ainda nesse ritmo, verificando as teorias que definem a democracia partindo de um entendimento para com a Constituição, bem como a atuação do Poder Judiciário, em especial as Cortes Supremas (chamadas Cortes Constitucionais), passa-se a analisar a democracia sob o prisma procedimental, compreendendo-se, em largas linhas, aquela que atua na defesa do procedimento democrático, com

deliberação e participação política. Passa-se a analisar a democracia procedimental, conforme os ensinamentos teóricos de John Hart Ely e Jürgen Habermas.

2.4.1. Democracia procedimental em John Hart Ely

A concepção procedimental de democracia de John Hart Ely surgiu como contraponto à Corte Warren⁶, a qual protagonizou um período ativista nos Estados Unidos. Sua concepção de democracia é procedimentalista, pois apresenta-se ao lado da premissa majoritária, embora com algumas nuances.

Para Ely, a atuação da Suprema Corte na interpretação constitucional deve ocorrer para dar robustez aos processos democráticos, com o fito de garantir uma ampla representação no processo político.

O procedimentalista defende que não há consenso coletivo para que a Suprema Corte busque e aplique às decisões. Em verdade, preceitua que se houver um aparente consenso, “isso apenas reflete a dominação de alguns grupos por outros” (ELY, 2010, p. 84), revelando o caráter antidemocrático do pensamento do consenso.

Nesse sentir, Ely avalia que o ceticismo sobre o consenso moral pode ter como contra argumentação a máxima “ninguém pode se beneficiar de sua própria torpeza” (2010, p. 85), mas que esse fundamento é infantil, pois ao analisar um caso real, em que a Corte declare nula uma decisão legislativa com fundamento em um consenso moral, verificar-se-ia uma insegurança jurídica, pois o suposto consenso estaria viciado por posições pessoais. Justifica que entre a Assembleia Legislativa e os Tribunais, a primeira estaria mais situada para refletir um suposto consenso:

As influências antimajoritárias existentes no Congresso e nas Assembleias Legislativas estaduais, embora capazes de bloquear a legislação, não têm condições de aprovar leis em face de uma oposição da maioria. Isso torna ainda menos defensável a ideia aqui considerada, de que os tribunais devem declarar nulas as leis que se opõem a um suposto consenso. Além disso, podemos admitir inúmeras vezes que as Assembleias Legislativas não são completamente

⁶Cf. BARBOZA;KOZICKI, 2006, p. 6747.

democráticas, mas isso não fará com que os tribunais sejam mais democráticos que elas.(ELY, 2010, p. 85)

Neste aspecto, Ely repudia a atuação da Corte Constitucional na função ou sob a insígnia de representantes do povo, usurpando a função parlamentar. O autor inclusive aponta que não pode a Corte atuar alegando que o Legislativo não está a falar realmente em nome dos valores do povo, rechaçando essa teoria de atuação. Ademais, observe-se um comparativo nas palavras de Ely:

A noção de que os valores genuínos do povo podem ser claramente decifrados por uma elite não democrática às vezes é chamada na literatura de “princípio do Führer”, e de fato foi Adolf Hitler quem disse: “Meu grande orgulho é que não conheço nenhum estadista no mundo que tenha maior direito que eu a dizer que é o representante de seu povo”. Sabemos, no entanto, que essa atitude não é limitada às elites de direita. “A definição soviética” de democracia, como escreveu H. B. Mayo, também envolve o “antigo erro” de pressupor que “os desejos do povo podem ser identificados com precisão por um misterioso método intuitivo acessível a uma elite do que permitindo que o povo discuta, vote e decida livremente”. Ao que parece, os moderados também não são imunes a esse erro.(ELY, 2010, p. 90)

Ely entende também como antidemocrático prestar à Suprema Corte os delineamentos dos “valores do amanhã” (ELY, 2010, p. 91), ou seja, a tentativa de prefigurar o futuro e dar forma aos princípios constitucionais numa estimativa de progresso. Afasta a ideia ponderando pela evidente ideia antidemocrática, argumentando que “controlar a geração de hoje com os valores dos seus netos não é mais aceitável do que controlá-la pelos valores de seus avós” (ELY, 2010, p. 92). Garante que “um acelerador liberal não é nem mais nem menos compatível com a teoria democrática do que um freio conservador” (2010, p. 91). Segundo Ely, tomar como referência uma maioria futura não é sensato, ainda mais quando se atribui essa valoração a uma “profecia” dos tribunais, o que acarretaria, em verdade, a impor a posição pessoal dos juízes dos tribunais. Corrobore-se:

[...] as decisões judiciais atuais (independentemente de sua fonte de julgamento) inevitavelmente terão uma influência importante sobre os valores da maioria de amanhã. As “profecias” dos que têm poder inevitavelmente tendem a se cumprir, mesmo quando o que está sendo “profetizado” é a opinião popular. Não sei se isso é bom ou ruim, mas sem dúvida significa que a Corte não pode invocar a

neutralidade de valores com a justificativa de que está “buscando valores no futuro”, pois é muito possível que, ao contrário, esteja impondo seus valores sobre o futuro: o fato de que tudo ocorreu como a Suprema Corte previra pode ser apenas uma prova de que a Suprema Corte é a Suprema Corte. Assim, ao prever o futuro, os juízes da Suprema Corte inevitavelmente colaboram para moldá-lo; e, moldando o futuro, eles inevitavelmente – e de fato é este o cerne dessa metodologia – dão forma ao presente. Supondo que isso funcione, tratar-se-á unicamente da imposição dos valores próprios dos juízes. Foi exatamente isso que os teóricos dos valores fundamentais prometeram que não fariam: o fato de ser feito de modo indireto e por trás de uma cortina de fumaça não deve ser invocado como argumento de defesa. (ELY, 2010, p. 93)

Essa imposição de valores com base em conceitos abertos da Constituição, bem como em uma leitura futura de consensos, apresenta-se para Ely como um atentado à teoria democrática. O reconhecimento de valores substantivos pelos Tribunais, segundo o autor, estaria a impor valores pessoais, o que não se coaduna com o objetivo democrático.

Dessa forma, Ely estabelece esse entendimento para, após, de certa forma flexibilizá-lo, atribuindo um papel à Corte Constitucional, mas afastando a valoração substantiva, pois essa deve se dar pela deliberação e ser exarada pelo Legislativo. Essa função da qual Ely é partidário, surge da análise da nota de rodapé de um julgado da Corte Constitucional, de 1938, no caso *United States vs Carolene Products Co.*⁷. Eis o teor da nota apontada por Ely:

A presunção de constitucionalidade pode ter margem mais estreita quando a legislação parece, à primeira vista, estar compreendida numa proibição específica da Constituição, tal como as das dez primeiras emendas, consideradas igualmente específicas quando entendidas como contidas na Décima quarta emenda...

Não será necessário, agora, considerar se uma lei que restringe aqueles processos políticos dos quais, via de regra, pode-se esperar que provoquem a revogação das leis indesejáveis, deverá estar sujeita a uma análise judicial mais rigorosa (no contexto das proibições gerais da Décima Quarta Emenda) do que a maioria dos outros tipos de legislação...

Também não será necessário procurar saber se considerações no mesmo naipe devem influenciar o controle de leis direcionadas a certas minorias religiosas [...] ou de nacionalidade [...] ou raciais [...]; se o preconceito contra minorias separadas e isoladas (discrete and insular minorities) pode ser uma condição especial que tende a restringir seriamente o funcionamento dos processos políticos em

⁷O caso versava sobre a constitucionalidade de lei federal que proibia o transporte interestadual de um produto (leite com óleo vegetal). Cf. ELY, 2010, p. 100.

que costumamos nos basear para proteger as minorias, e que pode exigir, nessa mesma medida, um exame judicial mais minucioso. (ELY, 2010, p. 100-101)

Eis a análise de Ely sobre a nota de rodapé acima descrita, inspira uma teoria procedimental:

O primeiro parágrafo é puro interpretacionismo: ele diz que a Corte deve aplicar as disposições “específicas” da Constituição. Vimos, no entanto, que o interpretacionismo é incompleto: existem disposições na Constituição que exigem mais do que isso. O segundo e o terceiro parágrafos nos dão uma versão do que esse algo mais poderia ser. O segundo parágrafo afirma que **é função da Corte manter a máquina do governo democrático funcionando como deveria, garantir que os canais da participação e da comunicação políticas permaneçam abertos**. O terceiro parágrafo assevera que a Corte também deve se preocupar com o que a maioria faz com as minorias, mencionando particularmente as leis “direcionadas a” minorias religiosas, nacionais e raciais e os que têm preconceito contra elas. (ELY, 2010, p. 101) (grifo nosso)

Nesse sentido, Ely passa a assentar sua concepção procedimental, pois atribui à jurisdição constitucional o papel de garantir o procedimento democrático que, por sua vez, é realizado pelos parlamentares. A partir dessa compreensão que Ely desenvolve a defesa de um papel limitado pela Suprema Corte, fazendo analogia ao papel de um árbitro de futebol:

A linha de decisão judicial constitucional que aqui recomento é análoga ao que seria, nos assuntos econômicos, uma orientação “antitruste”, entendida como oposta a uma orientação “reguladora” – em vez de ditar resultados substantivos, ela intervém apenas quando o “mercado”, neste caso o mercado político, está funcionando mal de modo sistêmico. (Também é cabível uma analogia com um árbitro de futebol: o juiz deve intervir somente quando um time obtém uma vantagem injusta, não quando o time “errado” faz gol). (ELY, 2010, p. 136)

Assim, Ely assevera que as concepções valorativas se darão efetivamente nos moldes da democracia representativa, devendo a jurisdição constitucional atuar apenas para desobstruir os canais da mudança política, ou seja, quando houver um mal funcionamento do processo democrático. Novamente, são as considerações do autor:

Não é justo dizer que o governo está “funcionando mal”, só porque às vezes ele gera resultados com os quais discordamos, por mais forte que seja nossa discordância (e afirmar que ele obtém resultados de que “o povo” discorda – ou de que discordaria, “se compreendesse” – na maioria das vezes é pouco mais que uma projeção delirante). Numa democracia representativa, as determinações de valor devem ser feitas pelos representantes eleitos; e, se a maioria realmente desaprová-los, poderá destituí-los através do voto. O mau funcionamento ocorre quando o processo não merece nossa confiança, quando (1) os incluídos estão obstruindo os canais da mudança política para assegurar que continuem sendo incluídos e os excluídos permaneçam onde estão, ou (2) quando, embora a ninguém se neguem explicitamente a voz e o voto, os representantes ligados à maioria efetiva sistematicamente põem em desvantagem alguma minoria, devido à mera hostilidade ou à recusa preconceituosa em reconhecer uma comunhão de interesses – e, portanto, negam a essa minoria a proteção que o sistema representativo fornece a outros grupos. (ELY, 2010, p. 137)

Ely considera que os juízes estão à margem do sistema governamental, pois não precisam lidar diretamente com as pressões de continuidade no cargo. Esse aspecto lhe dá mais tranquilidade e condições para avaliar objetivamente (embora considere que não se pode negar que as decisões estão agregadas de discricionariedades) as reclamações referentes ao mal funcionamento do processo democrático, isto é, quando há bloqueio dos canais de mudança⁸ ou quando os representantes atuam como “cúmplices de uma tirania da maioria”, não representando quem efetivamente deveriam representar (ELY, 2010, p.137).

Nesses moldes, infere-se que o entendimento do autor está na possibilidade de uma jurisdição garantidora do processo democrático. Para Barbosa e Kozicki, com apoio nas argumentações de Whittington, podem ser destacados duas nuances protagonistas da teoria gerada por Ely, sendo “a precedência do princípio democrático sobre princípios e direitos substantivos, e na ilegitimidade dos juízes para adotarem decisões substantivas de valor em um regime democrático” (2006, p. 6751). Dessa feita, a ação da jurisdição é inerente à correção do processo democrático.

⁸Para Ely, a maior obstrução é o direito ao voto. Cf. ELY, 2010, p. 156.

2.4.2. Democracia procedimental em Jürgen Habermas

Também na linha procedimental têm-se Jürgen Habermas. Para o filósofo, a democracia constitucional deve pautar-se por procedimentos que assegurem a composição democrática da opinião e vontade dos cidadãos, distanciando-se da fundamentação em valores e conteúdos substantivos.

Ou seja, Habermas defende que são os civis que devem refletir e decidir o direito, fazendo o legítimo papel de um legislador constitucional, revelando o princípio democrático. Por essa discussão, os civis são os autores e, ao mesmo tempo, destinatários do direito, concebendo Habermas o princípio ou a “teoria do discurso”, na qual os que são potencialmente atingidos podem buscar a validade das normas na medida em que tenham participado do debate, dos “discursos racionais” (HABERMAS, 1997a, p. 164).

Por isso, Habermas assevera que os direitos políticos têm que garantir a participação nos processos de deliberação, “de modo que a liberdade comunicativa de cada um possa vir simetricamente à tona, ou seja, a liberdade de tomar posição em relação a pretensões de validade criticáveis” (1997a, p. 164). Nesse sentido, o autor aponta a necessidade de uma racionalização do direito, do debate e convencimento, pressupondo que os indivíduos de uma sociedade devem estar aptos à tal exercício.

Por assim dizer, a teoria de Habermas está centrada na formulação da opinião pública, colhida no espaço público e transmitida para o sistema político. O espaço público, segundo o autor, não é uma instituição ou organização, mas sim “uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opiniões; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos” (HABERMAS, 1997b, p. 92).

Essa reprodução na esfera pública se dá pelo “agir comunicativo”, que necessita apenas de uma linguagem natural, ou, nas palavras de Habermas, “está em sintonia com a compreensibilidade geral da prática comunicativa cotidiana” (1997b, p. 92). Nesse conceito, a esfera pública é composta pela sociedade civil, associações, igrejas, sindicatos, entre outros. Nesse amplo conceito, sociedade civil possui em seu núcleo institucional “associações e organizações livres, não estatais e não econômicas, as quais ancoram as estruturas de comunicação da esfera pública

nos componentes sociais”, composta por “movimentos, organizações e associações, os quais captam os ecos dos problemas sociais que ressoam nas esferas privadas, condensam-nos e os transmitem, a seguir, para a esfera pública política” (1997b, p. 99). As deliberações na esfera pública são, por sua vez, transmitidas para deliberação política, decididas e devolvidas por meio do sistema burocrático-administrativo. Apresenta-se, pois, segundo Habermas, um grande e intenso fluxo comunicativo, no qual a decisão política tem influência da vontade geral constituída no processo do debate.

Patente, deste modo, que na teoria desenvolvida por Habermas o sistema de deliberação na esfera pública deve funcionar pelo “agir comunicativo”, um processo argumentativo racional de debate e convencimento, conforme apontado acima. A importância desse processo, segundo o autor, confere às minorias a oportunidade de influência sobre a maioria.

Habermas, apresenta, pois, que a razão, num processo preliminar, escoado por intermédio do discurso e do agir comunicativo, levam os membros da sociedade a conferirem legitimidade ao direito criado, pois tais se veem como “autores”, não só como “destinatários” do direito (HABERMAS, 1997a, p.57). Nesse sentido é que ele afirma que a legitimidade não está na imposição da regra, pois “tanto a validade social, como a obediência fática, variam de acordo com a fé dos membros da comunidade de direito na legitimidade”, sendo que mencionada fé “apoia-se na suposição de legitimidade, isto é, na fundamentabilidade das respectivas normas” (HABERMAS, 1997a, p. 50).

Ainda, Habermas reconhece que essa “autolegislação”, que deve ser introduzida pela teoria do discurso, deve assumir a forma de um princípio democrático, pela via da institucionalização jurídica, sendo que “o princípio da democracia resulta da interligação que existe entre o princípio do discurso e a forma jurídica” (HABERMAS, 1997a, p. 158).

Neste aspecto, Habermas reconhece a necessidade de institucionalização dos processos discursivos para formação legítima do direito, ou do que adota o autor, uma democracia deliberativa. Atribui ao Estado de Direito o intermédio entre o sistema administrativo com o poder de comunicação:

A ideia de Estado de direito pode ser interpretada então como a exigência de ligar o sistema administrativo, comando pelo código do

poder, ao poder comunicativo, estatuidor do direito, e de mantê-lo longe das influências do poder social, portanto da implantação fática de interesses privilegiados. O poder administrativo não deve reproduzir-se a si mesmo e sim, regenerar-se a partir da transformação do poder comunicativo. Em última instância, o Estado de direito deve regular essa transferência, sem todavia tocar no próprio código do poder, o que faria intervir na lógica da auto-orientação do sistema administrativo. (HABERMAS, 1997a, p. 158)

Para Habermas, o Estado recebe a função de resguardar a formação democrática a partir da vontade revelada pelos processos discursivos, por meio de procedimentos deliberativos, de modo razoável e racional. É nesse sentido que o Estado tem o papel garantidor dos processos democráticos, preservando o caráter de legitimidade proveniente da confiança depositada pela sociedade nessas interferências interrelacionais.

Não obstante a teoria procedimental defendida por Habermas, Barboza e Kozicki explicam que a postura do autor não é exclusivamente procedimental, pois “apesar de conceber a impossibilidade de um consenso quanto aos valores de uma comunidade, entende que é possível um consenso acerca do procedimento democrático a ser adotado” (2006, p. 6754). Tanto é assim que Habermas, ao reconhecer que a sociedade moderna é plural, reconhece a dificuldade de se chegar a um consenso racional sobre valores. Nesse ponto, a legitimidade democrática estaria condicionada ao processo de deliberação racional, com a garantia do processo comunicativo.

Destarte, apesar de não aceitar intervenção judicial sobre os valores subjetivos, defende a intervenção para garantia do processo democrático, para a “manutenção de uma ordem jurídica coerente”. (HABERMAS, 1997a, p. 302).

Nessa perspectiva, Gisele Cittadino assinala que Habermas defende o *judicial review* das Cortes Constitucionais para “reforçar a formação da vontade democrática”, devendo agir para garantir os direitos fundamentais que efetivam uma autonomia cidadã (CITTADINO, 2013, p. 213-214). À par disso, o instituto poderia conceder uma posição de privilégio aos direitos comunicativos e aos direitos de participação na vontade democrática.

Com efeito, é tal a compreensão de Habermas, o que se infere de sua discussão com relação à constituição:

[...] se – impulsionados pelas atuais circunstâncias do compromisso com o Estado social – pretendemos manter, não apenas o Estado de direito, mas o Estado democrático de direito e, com isso, a ideia de auto-organização da comunidade jurídica, então a constituição não pode mais ser entendida apenas como uma “ordem” que regula primariamente a relação entre o Estado e os cidadãos. O poder social, econômico e administrativo necessita de disciplinamento por parte do Estado de direito. De outro lado, porém, a constituição também não pode ser entendida como uma ordem jurídica global e concreta, destinada a impor a priori uma determinada forma de vida sobre a sociedade. Ao contrário, a constituição determina procedimentos políticos, segundo os quais os cidadãos, assumindo seu direito de autodeterminação, podem perseguir cooperativamente o projeto de produzir condições justas de vida (o que significa: mais corretas por serem equitativas). Somente as condições processuais da gênese democrática das leis asseguram a legitimidade do direito. Partindo dessa compreensão democrática, é possível encontrar um sentido para as competências do tribunal constitucional, que corresponde à intenção da divisão de poderes no interior do Estado de direito: o tribunal constitucional deve proteger o sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e pública dos cidadãos. (HABERMAS, 1997a, p. 326)

Prossegue acentuando o papel de árbitro do procedimento inerente aos Tribunais Constitucionais:

O esquema clássico da separação e da interdependência entre os poderes do Estado não corresponde mais a essa intenção, uma vez que função dos direitos fundamentais não pode mais apoiar-se nas concepções sociais embutidas no paradigma do direito liberal, portanto não pode limitar-se a proteger os cidadãos naturalmente autônomos contra os excessos do aparelho estatal. A autonomia privada também é ameaçada através de posições de poder econômicas e sociais e dependente, por sua vez, do modo e da medida em que os cidadãos podem efetivamente assumir os direitos de participação e de comunicação de cidadãos do Estado. Por isso, o tribunal constitucional precisa examinar os conteúdos de normas controvertidas especialmente no contexto dos pressupostos comunicativos e condições procedimentais do processo de legislação democrático. Tal compreensão procedimentalista da constituição imprime uma virada teórico-democrática ao problema de legitimidade do controle jurisdicional da constituição. (HABERMAS, 1997a, p. 326)

Por assim dizer, o papel da Corte Constitucional é velar para que os procedimentos democráticos sejam respeitados. A teoria habermasiana da democracia procedimental está imbrincada, assim, de um caráter filosófico, em um

discurso pensado em condições ideais e não concretas, próprias para uma sociedade democrática avançada⁹.

Assim, conhecendo-se as principais linhas argumentativas no que tange a uma tipologia da democracia quando levado em consideração a atuação dos tribunais, pertinente passar ao capítulo a seguir, a fim de compreender as raízes de uma atuação ativista e um fato de judicialização da política. Ademais, vale frisar que no capítulo a seguir apresenta-se teoria do órgão como legitimador, que vai na contramão das expostas neste capítulo.

⁹ Nesse sentido: BARBOZA; KOZINCKI, 2006.

CAPÍTULO 3

NEOCONSTITUCIONALISMO E DIFICULDADE CONTRAMAJORITÁRIA

3.1. A influência do neoconstitucionalismo

Visando consolidar as informações anteriores, não de modo tardio, mas para corroborar ao contexto delineado no Brasil, especialmente para melhor análise dos julgados em pauta neste estudo, pertinente alguns delineamentos acerca da figura do constitucionalismo e neoconstitucionalismo.

O constitucionalismo é definido por Kildare Gonçalves Carvalho em uma acepção jurídica e sociológica:

[...] em termos jurídicos, reporta-se a um sistema normativo, enfeixado na Constituição, e que se encontra acima dos detentores do poder; sociologicamente, representa um movimento social que dá sustentação à limitação do poder, inviabilizando que os governantes possam fazer prevalecer seus interesses e regras na condução do Estado. (CARVALHO, K., 2006, p. 211)

Já André Ramos Tavares identifica quatro sentidos ao que se chama constitucionalismo:

[...] numa primeira acepção, emprega-se a referência ao movimento político-social com origens históricas bastante remotas que pretende, em especial, limitar o poder arbitrário. Numa segunda acepção, é identificado com a imposição de que haja cartas constitucionais escritas. Tem-se utilizado, numa terceira acepção possível, para indicar os propósitos mais latentes e atuais da função e posição das constituições nas diversas sociedades. Numa vertente mais restrita, o constitucionalismo é reduzido à evolução histórico-constitucional de um determinado Estado. (TAVARES, 2012, p. 23)

Com efeito, a significação de constitucionalismo está ligada à ideia de que o Estado, possuidor de uma Constituição, tem nela um instrumento inibidor de poder (visando afastar autoritarismo) e garantidor de direitos na mais ampla acepção¹⁰.

José Joaquim Gomes Canotilho caracteriza o constitucionalismo moderno como “movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir de meados do

¹⁰Direitos paulatinamente acumulados e reconhecidos, em todas suas gerações e dimensões.

século XVIII, [que] questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de domínio político” ao mesmo tempo que sugere “a invenção de uma forma de ordenação e fundamentação do poder político” (1993, p. 52, *apud* LENZA, 2012, p. 57).

Ao fazer um apanhado geral sobre a evolução histórica do constitucionalismo, Lenza indica o surgimento tímido na antiguidade clássica, em que os hebreus estabeleciam “no Estado teocrático limitações ao poder político ao assegurar aos profetas a legitimidade para fiscalizar os atos governamentais que extrapolassem os limites bíblicos” (2012, p. 57). Aponta também que mais tarde, no século V a.C., a experiência nas Cidades-Estados gregas consagrava-se um importante sistema político de democracia direta, com distribuição do poder político – já tratado com mais detalhes no capítulo 2 desta pesquisa. Marca que na Idade Média, com a Magna Carta de 1215, houve um importante marco no constitucionalismo medieval, pois estabeleceu-se, mesmo que de maneira formal, a proteção de alguns direitos individuais. Quanto à Idade Moderna, Lenza destaca pactos e cartas de franquia¹¹, tais como o *Petition of Rights* (1628), o *Habeas Corpus Act* (1679); o *Bill of Rights* (1689) e o *Act of Settlement* (1701).

Ainda, Lenza refere-se ao constitucionalismo norte-americano como marco de evolução, destacando os contratos de colonização, bem como a Declaração de Direitos do Estado de Virgínia (1776), e em sequência as Constituições das ex-colônias britânicas da América do Norte e a Constituição da Confederação dos Estados Americanos (1781).

Na Idade Contemporânea, denominando como constitucionalismo moderno, Lenza aponta como destaques a Constituição norte-americana (1787) e Constituição Francesa (1791), ressaltando que a última teve por preâmbulo a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789). Nestes aspectos, há uma caracterização de constitucionalismo liberal, com valores de “individualismo, abstenseísmo estatal, valorização da propriedade privada e proteção do indivíduo” (LENZA, 2012, p. 58). Após, com a segunda geração ou dimensão de direitos, os documentos marcantes foram a Constituição do México (1917) e a Alemã Weimar (1919), que influenciaram profundamente a Constituição brasileira de 1943.

¹¹Conforme Lenza, as cartas de franquia diferenciam-se dos pactos por admitir a participação dos súditos no governo local. Cf. LENZA, 2012, p. 57.

Assim, em um primeiro aspecto, o constitucionalismo mostra-se como uma evolução de documentos que limitam a atuação estatal, com o fito de reconhecer direitos fundamentais do indivíduo, além de conferir algum poder de deliberação política.

Já no que tange ao neoconstitucionalismo, encontra-se um importante intuito da consolidação desses direitos.

Luiz Roberto Barroso¹² identifica o novo constitucionalismo, chamado também de neoconstitucionalismo, constitucionalismo pós-moderno ou pós-positivismo¹³, com três marcos: histórico, filosófico e teórico (BARROSO, 2005; 2014).

Como marco histórico, assinala a reconstitucionalização da Europa após a Segunda Guerra Mundial e ao longo do século XX, redefinindo a posição da Constituição e a “influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas”, aproximando as ideias do constitucionalismo e da democracia, produzindo uma forma política que é rubricado com vários nomes, tais como “Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito, Estado constitucional democrático” (BARROSO, 2005, p. 3). Estatui como a principal referência, a Lei Fundamental de Bonn, como era conhecida a Constituição alemã, de 1949, especialmente com a criação do Tribunal Constitucional Federal, instalado em 1951. Já no Brasil, Barroso dá destaque histórico à redemocratização do país, com a Constituição Federal de 1988, que promoveu a travessia de um estado autoritário e violento para um Estado democrático de direito (BARROSO, 2005).

Com efeito, embora se constate um atraso na redemocratização, bem como reconstitucionalização do país, a Constituição de 1988 produziu e ainda produz¹⁴ um expressivo período de estabilidade institucional, pois sob sua vigência, a história brasileira já vivenciou a destituição por impeachment de um Presidente da República, denúncias de esquemas de financiamento eleitoral, eleição de Presidentes da oposição, dentre outros episódios.

Como marco filosófico, Barroso (2005) elege o pós-positivismo, pela reaproximação do Direito com a filosofia, além de desenvolver uma teoria dos direitos fundamentais calcada na dignidade humana.

¹²Atualmente é ministro do STF, nomeado em 2013. Assim, Barroso não compunha a Corte no período de 2008-2010, anos em que foram colhidas as decisões analisadas nesta pesquisa.

¹³Cf. LENZA, 2012, p. 61.

¹⁴(Em tempo) Embora o país atravessasse novamente situação de processo de *impeachment* presidencial.

Por sua vez, como marco teórico, Barroso (2005) aponta três grandes transformações de paradigma. A primeira dessas transformações é o reconhecimento da força normativa dos dispositivos constitucionais, não restringindo o código a um documento essencialmente político. Num primeiro momento, a concretização das propostas constitucionais ficava à cargo do legislador e à discricionariedade do administrador, não se reconhecendo qualquer papel relevante ao Judiciário. Mas essa perspectiva começou a ser alterada no período pós-guerra. Esse debate sobre a força normativa da constituição só adveio ao Brasil na década de 80, enfrentando resistências do regime político até então implantado.

A segunda transformação apontada por Barroso é a expansão da jurisdição constitucional, modelo inspirado pela experiência norte-americana, a qual preconizava a supremacia da constituição. O enredo orientava-se pela constitucionalização dos direitos fundamentais, com fito de “imuniza-los” no processo político majoritário (BARROSO, 2005, p. 6), cabendo ao judiciário a proteção da observância desses direitos. Já no Brasil, a expansão da jurisdição constitucional se deu a partir da Constituição Federal de 1988, pois ampliou-se o rol dos legitimados na propositura de ações de controle concentrado, inclusive inserindo mais mecanismos processuais de demanda, como o mandado de injunção. Além disso, desenvolveu-se um sistema híbrido do controle de constitucionalidade no Brasil¹⁵.

Ainda, como terceira transformação do ponto teórico, Barroso indica o surgimento de “um conjunto de ideias identificadas como nova interpretação constitucional” (2014, p. 9). Ou seja, além do exercício hermenêutico já existente, foram “reformuladas categorias como a normatividade dos princípios, as colisões de normas constitucionais, a ponderação como técnica de decisão e argumentação jurídica” (2014, p. 9; 2005, p. 9).

Essas ponderações reforçam a importância da verificação teórica da democracia substantiva e procedimentalista expostas no capítulo anterior, pois ambas reconhecem a importância da jurisdição constitucional, apenas divergindo no modo de atuação, principalmente diante de casos difíceis, ou, em outras palavras, diante de casos que não possuem normatização pronta e apta para resolução de conflitos constitucionais.

¹⁵Híbrido, pois o sistema brasileiro comporta os controles concentrado e difuso de constitucionalidade.

Ademais, tais teorias, inclusive a teoria da legitimação esposada por Dahl, conforme se versará nos próximos tópicos, constituíram-se sob a égide dessa era neoconstitucionalista.

Por assim dizer, é patente que democracia e neoconstitucionalismo desenvolvem uma comum existência, mas ao ser problematizada tal convivência, remete-se às teorias procedimentais e substancialistas, com o fito de verificar a tensão dali proveniente. Esse é o amparo que o estudo tem, pois ao mesmo tempo que coloca lado a lado ou concomitantemente os ideais democráticos com o novo constitucionalismo, percebe-se além da ampla convivência abstrata, um choque quando pensadas em âmbito concreto.

Porém, é necessário retomar o contexto histórico constitucional no Brasil, a fim de se refletir a evolução judicial. Essa é tarefa para o próximo tópico.

3.2. Trazendo o novo constitucionalismo para mais perto: a ascensão do STF

3.2.1. Antes da Constituição de 1988

Não se pretende aqui esgotar o enredo histórico, apenas apresentar os contornos importantes para a formação da instituição do Supremo Tribunal Federal que se tem hoje, de acordo com o advento das Constituições. Nesse passo, passa-se a vislumbrar, embora por atalhos, o caminho brasileiro da jurisdição constitucional.

A primeira Constituição brasileira foi a Constituição do Império, que vigorou de 1824 a 1889, marcada pela influência da Constituição Francesa de 1814 (LENZA, 2012, p. 101). A guarda da Constituição ficou ao encargo do Legislativo, mas havia também a previsão do Poder Moderador, o que Lúcio Bittencourt indicou ser “a chave de toda a organização política”, uma vez que possuía a “suprema inspeção” sobre os poderes e decisões políticas (1997, p. 27).

Com o enfraquecimento do Império e a proclamação da República em 15 de novembro de 1889, foi instalado o Governo Provisório (Decreto nº. 1, redigido por Rui Barbosa), presidido por Deodoro da Fonseca, com a missão de promulgar a primeira constituição republicana do Brasil.

Eleita a Assembleia Constituinte em 1890, a primeira Constituição da República foi promulgada em 24 de fevereiro de 1891, tendo por relator o então Senador Rui Barbosa. Houve uma reforma em 1926 e a Constituição vigorou até 1930.

Nesse sentido, há uma grande influência de Rui Barbosa no pensamento constitucional brasileiro, vez que inspirado pela Constituição Norte-Americana, impulsionou o estabelecimento do controle judicial de constitucionalidade sobre leis federais e estaduais, primeiro com o Decreto nº. 880 (de 11 de outubro de 1890), organizando a Justiça Federal, e, após, com a Constituição Republicana¹⁶.

O sistema de governo se consagrou presidencialista e a forma de Estado Federal, gerando a forma de governo republicana. O poder moderador foi extinto e adotou-se a clássica forma de tripartição dos poderes preconizada por Montesquieu.

O Supremo Tribunal Federal foi criado pela Constituição Provisória da República, de 22 de junho de 1890, e efetivamente instalado como cúpula do Poder Judiciário brasileiro, em fevereiro de 1891. Figurou na Constituição Republicana, com composição por 15 juízes, nomeados pelo Presidente da República, com posterior aprovação do Senado¹⁷. Ainda, previu o controle de constitucionalidade das leis, porém na via incidental, ou seja, mediante caso concreto e provocação de litigantes com interesse direto na demanda, podendo tal controle ser efetuado por todos os órgãos do Poder Judiciário, desde que devidamente provocado para tanto.

Assinala Neto e Sarmiento (2012) que esse período foi marcado pelo autoritarismo, violando-se direitos fundamentais, com perseguição a opositores, censura de imprensa e não observância da Constituição, com decretações de estado de sítio e intervenção federal rotineiras, além de descumprimento de decisões judiciais pelo Executivo.

Durante a sua vigência, a primeira Constituição Republicana sofreu apenas uma alteração, em 1926, ampliando as hipóteses de intervenção pela União, bem como proibindo o controle judicial sobre a decretação do estado de sítio e limitando o

¹⁶ Nesse sentido: Cf. CAMPOS, 2014, cap. IV, 2.1. (e-pub)

¹⁷Cf. informação colhida no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfHistorico>>. Acesso em set. 2016.

uso do *habeas corpus* somente para casos exclusivamente ligados à liberdade de locomoção¹⁸.

A história brasileira também conta que a República Velha teve seu fim com a Revolução de 1930, com a instituição do Governo Provisório de Vargas, por meio do Decreto nº. 19.398, de 11 de novembro de 1930. Em fevereiro de 1931, Vargas editou decreto diminuindo o número de ministros do STF para 11 e, após, aposentou compulsoriamente seis ministros. Durante o governo provisório, Vargas decretou o Código Eleitoral, que instituiu a Justiça Eleitoral, adotando o voto feminino e o sufrágio universal, direto e secreto. Esse governo durou até o advento da Constituição de 1934.

A Constituição de 1934 vigorou até 1937, na sucessão do governo provisório. Chamou o STF de “Corte Suprema” e manteve a redução no número de ministros em onze, mas sujeitando-os à aposentadoria compulsória aos 75 anos de idade. Manteve-se a competência recursal no sistema difuso e concentrado de constitucionalidade, mas também criou novos mecanismos de atuação, como a reserva de plenário aos Tribunais Federais e Estaduais quando da análise da inconstitucionalidade. Ou seja, previu que os Tribunais, somente em maioria absoluta de seus membros, poderia declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos (ALEXANDRINO; PAULO, 2007). Ainda, vislumbrou a possibilidade de efeito geral ao pronunciamento de inconstitucionalidade, condicionando tal efeito à atuação do Senado Federal (artigo 94, inciso IV). Com essa previsão, foi introduzida a eficácia *erga omnes*¹⁹ da decisão.

Ainda, a breve duração da Constituição de 1934 foi marcada pela criação da representação interventiva, em que o Procurador-Geral da República submetia ao exame do Supremo (competência originária) a constitucionalidade da lei federal que decretasse intervenção²⁰. Ademais, também houve a previsão do mandado de segurança como remédio apto a proteger indivíduo de atos praticados com ilegalidade ou abuso de poder, prevendo o artigo 113, item 33, o mandado de

¹⁸ Nessa época ocorria a denominada “doutrina brasileira do *habeas corpus*”, o que Elival da Silva Ramos explica corresponder “à construção exegética do Supremo Tribunal Federal em torno do instituto, anteriormente à criação do mandado de segurança pela Constituição de 1934 [...], de modo a torna-lo apto à proteção de outros direitos e liberdades constitucionais que, à época, não desfrutavam de proteção dotada de eficácia similar” (2013, p. 226).

¹⁹ Eficácia decisória que atinge a todos, ou seja, que não está adstrita às partes processuais. Cf. TAVARES, 2012, p. 347-348.

²⁰ Alguns autores apontam esse instituto como “embrião da ação direta de inconstitucionalidade no Brasil”. Cf. CAMPOS, 2014, cap. IV, 2.1. e-pub.

segurança para “defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade” (BRASIL, 1934).

Vargas foi eleito para governar até 1938. Todavia, em 1937, Vargas decretou estado de guerra, com fundamento em uma suposta descoberta pelo Estado-Maior do Exército de um plano comunista para tomada do poder, conhecido como Plano Cohen. Vargas fechou o Congresso Nacional e deu início ao “Estado Novo” (LENZA, 2012).

Já no ano de 1937 foi outorgada uma nova constituição, redigida por Francisco Campos, apelidada de “Constituição Polaca” em vista da influência de seu texto pela constituição polonesa fascista de 1935. A constituição de 1937 deveria ter sido submetida a um plebiscito nacional, conforme sua previsão no artigo 187, o que nunca aconteceu (LENZA, 2012, p. 114).

A Carta Polaca manteve o número de onze ministros do STF, bem como a vitaliciedade²¹ dos cargos, mas passou a aposentadoria compulsória para 68 anos de idade. A nomeação também se manteve pelo Presidente com o posterior referendo do Senado (denominado Conselho Federal por aquela constituição), o que não era efetivo, pois como estava fechado o Parlamento, Vargas acabava nomeando os ministros sem a provação do Senado.

Além disso, a Carta de 1937, conquanto tenha mantido o controle de constitucionalidade em sede recursal pelo Supremo, sujeitou as decisões que declarassem a inconstitucionalidade ao crivo do Presidente que poderia submetê-la novamente à aprovação pelo Parlamento. As circunstâncias tornaram o chefe do Executivo a autoridade maior do Estado, no âmbito de todos os poderes. Além disso, a Carta não trouxe em seu bojo o mandado de segurança, restando apenas nas normas infraconstitucionais a previsão, que inclusive restringiram o uso em face de autoridades como o Presidente, Governadores e interventores – artigo 319 do Código de Processo Civil de 1939 – (CAMPOS, 2014). Ainda, também deixou de constar na Constituição a representação interventiva e a possibilidade de suspensão, pelo Senado, de lei declarada inconstitucional pelo Supremo (ALEXANDRINO; PAULO, 2007).

²¹ É uma garantia dos membros do Judiciário, a qual apregoa que a destituição do cargo, além de eventos como aposentadoria e falecimento, só pode se dar por exoneração decorrente de ação judicial transitada em julgado (ou seja, quando não há mais o cabimento de recursos para as partes). Cf. TAVARES, 2012, p. 1230.

Vargas foi destituído do poder pelas Forças Armadas, em 1945, havendo eleições. O General Gaspar Dutra foi escolhido como novo Presidente. Em fevereiro de 1946 foi instalada nova Assembleia Constituinte, sendo promulgado o texto na nova Constituição em setembro do mesmo ano.

A nova Carta manteve o Supremo como órgão de cúpula do Judiciário, com 11 ministros e cargos vitalícios, bem como aposentadoria compulsória aos 70 anos. Além disso, reestabeleceu o controle difuso aos moldes da Constituição de 1934 – sem submeter a decisão do Supremo à valoração do Presidente – e a possibilidade de efeito *erga omnes* pela atuação do Senado. Além disso, reestabeleceu a representação interventiva, conferindo novo contorno, para que o Procurador-Geral da República submetesse ao Supremo o ato estadual arguido de inconstitucionalidade, a fim de ser verificada a possibilidade de decretação de intervenção (ALEXANDRINO; PAULO, 2007).

Em 1964, contudo, o Presidente em exercício, João Goulart, foi derrubado pelo movimento militar, instalando-se o Governo Militar (ditadura) no Brasil. Embora a constituição de 1946 tenha sido substituída apenas em 1967, ela traduziu uma existência formal, pois o país passou a ser governado por Atos Institucionais (LENZA, 2012).

O Ato Institucional nº. 1, também de autoria de Francisco Campos, trouxe diversas restrições à democracia, como o poder de aposentar civis e militares, suspender direitos políticos, cassar mandatos e excluir essa cassação da apreciação judicial.

Em outubro de 1965, pelo Ato Institucional nº 2, o Governo Militar alterou a composição do Supremo Tribunal Federal para 16 ministros, nomeando juízes pertencentes à base de apoio do regime (CAMPOS, 2014). Na sequência, em novembro, adveio a Emenda Constitucional nº 16, a qual inseriu no ordenamento o controle abstrato de normas federais e estaduais, sendo a competência de julgamento atribuída ao STF (controle concentrado) e a propositura pelo Procurador-Geral da República.

O Congresso Nacional foi fechado em 1966 e reaberto para aprovar a Constituição de 1967. Essa nova Carta, tida como outorgada²², manteve os critérios

²²A nomenclatura outorgada foi aplicada em decorrência da Carta ter sido imposta, sem a participação do povo. Ao se referir à promulgação, afere-se que a Carta é fruto de uma assembleia constituinte, elaborada por representantes do povo. Cf. LENZA, 2012, p. 121.

de controle concentrado e abstrato, como previsto nas cartas anteriores (ALEXANDRINO; PAULO, 2007). Todavia, reduziu o número de ministros do STF para 11, novamente.

Em 1968, o Ato Institucional nº 05 afastou a aplicação do *habeas corpus* e o controle judicial sobre quaisquer atos praticados com base nessa norma, além de suspender a garantia de vitaliciedade para diversos cargos públicos, como para os ministros do STF. Nessa toada, aposentou compulsoriamente três ministros que se mostraram, em suas decisões e em particular no julgamento de João Goulart – por supostas práticas criminosas no período que esteve em exercício –, contrários aos interesses do regime: Victor Nunes Leal, Hermes Lima e Evandro Lins e Silva, todos nomeados por presidentes civis. Logo em seguida, os últimos juízes nomeados por presidentes civis também deixaram a Corte em sinal de protesto (Lafayette de Andrada e Antônio Gonçalves de Oliveira)²³. O Tribunal tornou-se submisso às vontades militares e, assim como asseverou Oswaldo Trigueiro do Vale, um órgão “politicamente morto” (1976, p. 162).

Finalmente, em 1978, com a revogação total do Ato Institucional nº 5, deu-se início ao processo de redemocratização do país. Todavia, só em 1987 houve a instalação da Assembleia Nacional Constituinte, promulgando-se a nova Constituição somente em 05 de outubro de 1988. Surge aí, com maior efetividade, a redemocratização (LENZA, 2012).

3.2.2. STF e a Constituição de 1988

Enfatiza Oscar Vilhena Vieira, em artigo intitulado “Supremocracia”, que Aliomar Baleeiro, ao publicar “O Supremo Tribunal Federal: esse outro desconhecido”, em 1968, não imaginaria o descompasso do título com a atuação do Supremo após a Constituição de 1988 (VIEIRA, p.441-442).

Com efeito, a Constituição Federal de 1988 constitui um marco de mudanças no Brasil, sendo considerada propiciadora do “mais longo período de

²³Victor Nunes Leal foi nomeado por Juscelino Kubitschek, em 1960; Hermes Lima e Evandro Lins e Silva foram nomeados por João Goulart, 1963. Lafayette de Andrada foi nomeado por José Linhares, em 1945, e Antônio Gonçalves de Oliveira, assim como Victor, por Juscelino Kubitschek, em 1960. Informações coletadas no sítio eletrônico do STF, disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/ministro/ministro.asp?periodo=stf&tipo=quadro>> Acesso em set. 2016.

estabilidade institucional da história republicana do país”, tendo percorrido em breve período, “todos os ciclos de atraso” (BARROSO, 2005, p. 4).

A Carta de 1988 já possui 92 emendas constitucionais²⁴, embora seja considerada uma Constituição rígida, ou seja, o processo de alteração é “mais árduo, mais solene e mais dificultoso do que o processo de alteração das demais espécies normativas” (LENZA, 2012, p. 130).

No que tange ao STF, a Constituição de 1988 manteve a composição em 11 ministros, indicados pelo Presidente, subordinados à aprovação pelo Senado (artigo 101, parágrafo único), a vitaliciedade do cargo e a aposentadoria compulsória aos 70 anos²⁵, mantendo algumas diretrizes anteriores. Mas no que se refere ao poder de atuação da cúpula do Poder Judiciário, a Constituição trouxe expressivas renovações.

Primeiramente, ao STF foi designada a competência precípua de guardar a Constituição (art. 102, *caput*). Para tanto, foram atribuídas as competências de controle já existentes (controle difuso em grau recursal), bem como foi inserido o controle abstrato.

De início se previu o controle abstrato no julgamento de competência ordinária do STF para julgamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (ADI), Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Ainda, reformou-se o monopólio de propositura pelo Procurador-Geral da República, incorporando vários outros legitimados ativos. Essa ampliação da iniciativa de propositura de ações de controle abstrato permitiu outra face das discussões perante o STF, não se limitando a ações de interesse restrito do Governo Federal (uma vez que a ação só poderia ser proposta pelo Procurador-Geral).

Ainda, com a Emenda Constitucional nº. 03, de 1993, criou-se a ação declaratória de constitucionalidade, porém com rol restrito (poderiam propor o Presidente da República, as Mesas do Senado e da Câmara dos Deputados e o Procurador-Geral da República). Em 1999, com o advento das leis nºs. 9.868 e 9.882 disciplinando as ADI, ADC e ADPF, restou atribuída a eficácia *erga omnes* e

²⁴Informação atualizada até a data da banca deste trabalho. Fonte: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/quadro_emc.htm

²⁵Recentemente essa previsão foi alterada para 75 anos de idade, com a aprovação da Emenda Constitucional nº. 88, de 2015, conhecida como PEC da bengala. Assim, conforme nova redação dada ao artigo 40, §1º, inciso II, a aposentadoria compulsória se dá aos 75 anos de idade.

vinculante às decisões proferidas nessas ações. Ou seja, embora a Constituição tenha silenciado naquele momento, o legislador infraconstitucional se incumbiu de conferir maior amplitude ao controle abstrato de normas.

Por conseguinte, em 2004, com a Emenda Constitucional 45, conhecida por reformar o Poder Judiciário, o rol de legitimados para a propositura de ADC foi ampliado para os mesmos da ADI. Além disso, a eficácia vinculante e o efeito *erga omnes* em ADI também foi constitucionalizado (artigo 102, §2º), submetendo os órgãos do Poder Judiciário e a administração pública (direta e indireta) em todas as esferas (federal, estadual e municipal) às decisões assim proferidas pelo STF (ALEXANDRINO; PAULO, 2007).

A EC 45 também realizou a criação da súmula vinculante pelo STF, bem como o requisito de repercussão geral para análise de recurso extraordinário pela Corte, no âmbito do controle difuso.

Mesmo com um começo mais tímido, a Constituição de 1988 foi sendo alterada para conferir maior amplitude de poderes à Corte Constitucional.

Assim, cientes da vertente do neoconstitucionalismo, bem como contextualizado o STF em consonância com os poderes constitucionais, passa-se a analisar parâmetros criados para inibir ou regular a atuação judiciária, visando que sua ocorrência se dê dentro dos parâmetros constitucionais, principalmente no que atine ao âmbito de atuação dos Poderes do Estado.

3.3. A dificuldade contramajoritária: provocação para a autocontenção

Como explorado no capítulo 2, pois oportuno a fim de conectar o debate direto com teóricos do relacionamento de democracia e jurisdição, a atuação do Poder Judiciário sob a insígnia de guardião ou vigilante da Constituição, quando tida por norma suprema de um Estado Democrático, causa um reflexo de tensão, pois na ponderação da premissa majoritária da democracia e efetivação de direitos fundamentais por órgão contramajoritário, pode ser revelada um certo desnivelamento de um em preponderância do outro.

A divergência principal está na aparente incongruência de atribuição de certo poder político à órgão não habilitado pelo processo democrático deliberativo. Ou seja, o fato dos juízes não serem eleitos e poderem afastar uma decisão tomada por

representantes do povo, escolhidos por meio de processo deliberativo. Foi essa questão que Alexander Bickel nomeou de “dificuldade contramajoritária” (1986, p. 16-17, *apud* NOVELINO, 2013, p. 272). Com base nessa dificuldade, Sarmento ponderou que não se trata “apenas de divisão de poder ao longo do tempo”, ou que “a dificuldade democrática não está tão-somente no fato de as constituições subtraírem do legislador futuro a possibilidade de tomar algumas decisões”, mas o debate estaria realmente preocupado com a “vagueza e abertura de boa parte das normas constitucionais mais importantes”, sendo que “quem as interpreta também participa do seu processo de criação” (2013, p. 97-98). Ressalta que a crítica estaria em atribuir aos magistrados “uma espécie de poder constituinte permanente, pois lhes permite moldar a Constituição de acordo com as suas preferências políticas e valorativas, em detrimento daquelas do legislador eleito” (SARMENTO, 2013, p. 98).

Com base nessa dificuldade contramajoritária, surge a necessidade de limitar o *judicial review*. Dimoulis e Lunardi indicam que James Bradley Thayer, em 1893, já escrevera sobre um minimalismo judicial, ou autocontenção, chamado *self-restraint* (2013, p. 463), criticando prática do controle judicial de constitucionalidade de sua época nos Estados Unidos, propondo uma grande limitação à atuação judiciária e uma presunção clássica de constitucionalidade das leis.

De fato, o princípio da autocontenção judicial está atrelado à atuação judicial em questões políticas, que, segundo uma concepção clássica, em vista da dificuldade contramajoritária, não estariam sujeitas a um controle jurisdicional.

Todavia, a realidade contemporânea caminha num sentido de autocontenção mais moderado, mas ainda observador dessa dificuldade contramajoritária. Nesse sentido é que Sarmento e Neto apontam sete parâmetros de autolimitação judicial, que são apresentados em observância à realidade brasileira.

Num primeiro aspecto, Neto e Sarmento apontam a necessária análise do grau de legitimidade democrática do ato normativo a ser analisado, ou seja, o modo como foi elaborada a norma contestada. Isto porque “levar a sério a democracia exige que não se despreze a dificuldade contramajoritária” (2013, p.151). Essa verificação revela que “quanto mais democrática tenha sido a elaboração do ato normativo, mais autocontido deve ser o Poder Judiciário no exame da sua constitucionalidade” (2013, p.151). Assim, demonstram uma intensidade no grau de presunção de constitucionalidade, sendo que, por exemplo, atos editados “por autoridades administrativas não eleitas possuem, em geral, presunção de

constitucionalidade menos intensa do que os atos editados por agentes eleitos” (2013, p.151). Por este parâmetro, os autores levam em consideração um elevado consenso social em torno da norma que, se contida de deliberações e debate no seio social, ou até mesmo a iniciativa popular em sua elaboração²⁶, teria “forte indício de correção” (2013, p.152).

Já como segundo parâmetro, inspirado nos pressupostos da democracia procedimental esposada pela teoria de Ely, os autores Neto e Sarmento propõem a atuação judicial para proteção dos procedimentos democráticos, ou das “condições de funcionamento da democracia” como dos direitos políticos, liberdade de expressão²⁷ e possibilidade de oposição política e acesso à informação (2013, p.153). Asseguram que, neste aspecto, “o ativismo não opera contra a democracia, mas em seu favor, assegurando os pressupostos mínimos necessários ao seu funcionamento” (2013, p. 153),

Ainda, em um terceiro critério, os autores também fomentam uma postura protetiva do Judiciário em prol de “minorias estigmatizadas” (2013, p.153). Tal possibilidade seria viável pelo “insulamento judicial diante da política eleitoral”, o qual “permite ao Judiciário que proteja minorias impopulares, cujos direitos poderiam ser atropelados em outras esferas” (2013, p. 153). Nesse argumento, justificam que minorias devem ser compreendidas fora de um padrão numérico, mas sim em uma questão de participação do poder, tal como na atuação do grupo “no exercício do poder político, social e econômico” (2013, p. 154). A atuação do Judiciário, nesse sentido, deve se dar para que atos normativos não impactem negativamente em direitos de minorias marginalizadas.

O quarto parâmetro proposto por Neto e Sarmento levam em conta a observância da relevância constitucional do direito fundamental em discussão. Assim, também rogam por uma postura ativa do Poder Judiciário, fundamentando em uma máxima que remete à teoria substancialista de Dworkin, analisada no segundo capítulo deste estudo, uma vez que “os direitos fundamentais devem prevalecer, como ‘trunfos’, sobre a vontade das maiorias, pois expressam exigências morais que se impõem à política” (2013, p. 154). Nesse sentido, infere-se uma

²⁶Colhe-se um exemplo evidente na jurisprudência do STF: é o caso da Lei Complementar 135/2010, conhecida como “Lei da Ficha Limpa”. Vê-se que o parâmetro foi altamente observado no mencionado case, pois além da norma ser de iniciativa popular, houve uma intensa mobilização social para aprovação da lei.

²⁷Os autores, inclusive, indicam como exemplo a decisão proferida pelo STF que liberou a “Marcha da Maconha”, passeata em prol da legalização da droga.

ponderação pelo não retrocesso social, pois ao ser estabelecido pela Constituição um direito fundamental, as políticas estatais não podem alterar vantagens já conquistadas.

O quinto parâmetro de autolimitação é a capacidade institucional para análise de norma que exige conhecimento técnico-específico. Entendem os autores elementar a “comparação entre as capacidades institucionais do Poder Judiciário e do órgão que editou o ato normativo discutido” (NETO; SARMENTO, 2014, p.154). Nesse sentido, asseveram altamente recomendável a autocontenção diante falta de *expertise*. Os autores fazem uma análise refutando a ideia de Dworkin, a respeito do juiz Hércules, pois a idealização não funciona bem na prática. Para clarificar, discorrem:

[...] Não se deve adotar na jurisdição constitucional uma visão idealizada do juiz – como o “Hércules” de Ronald Dworkin –, que presuma sabedoria infinita e onisciência dos magistrados, bem como ausência de limitações decorrentes de fatores como escassez de tempo pela sobrecarga de trabalho. Uma teoria que se baseie em idealizações distantes de realidade não funcionará bem na prática, quando operada por juízes constitucionais concretos, “de carne e osso”, atuando no interior de instituições que têm as suas fragilidades e limitações. Se, por exemplo, magistrados, que não são peritos em Economia, começarem a invalidar políticas econômicas do governo, sob o argumento de que as mesas não são razoáveis, ou são ineficientes, é provável que as suas intervenções, ainda que muito bem intencionadas, revelem-se ao final contraproducentes, mesmo na perspectiva dos princípios jurídicos que objetivaram defender. (NETO; SARMENTO, 2014, p. 155)

Nesse sentido, quanto maior o grau de especificidade do conhecimento exigido, maior deve ser a intensidade da autocontenção.

No sexto critério, Neto e Sarmiento levam em consideração a época de edição do ato normativo, pois normas editadas anteriormente à Constituição, não gozam da mesma presunção de constitucionalidade quando comparadas às editadas após. Orientam que o principal argumento justificador desse parâmetro é a democracia, pois “é provável que normas anteriores espelhem valores do passado, que não guardam harmonia com aqueles consagrados por uma nova Constituição” (2014, p. 156).

Por fim, no sétimo critério entendem pela necessidade da compreensão da “inconsistência temporal”. Apontam tal elemento com a sobrevalorização de

interesses em curto espaço de tempo, para atingir vantagens imediatas. De modo geral, apregoam que “numa generalização, que, como os políticos almejam se reeleger, tendem a priorizar ações que rendam efeitos positivos durante seus mandatos, visando à obtenção de dividendos eleitorais” (NETO; SARMENTO, 2014, p. 157). Para minimizar tal problemática, calcados no desinteresse do sucesso eleitoral pelos juízes, vez que não são eleitos, a jurisdição possui o papel de guardar valores e interesses de longo prazo.

Neto e Sarmento indicam que esse rol de parâmetros não é taxativo, nem hierárquico, devendo os parâmetros serem sopesados no caso concreto, bem como discutidos para uma aplicação de uma atuação de autocontenção que revele um grau moderado da intensidade de constitucionalidade do ato normativo.

Verificando parâmetros de autocontenção num formato mais clássico, Barboza e Kozicki (2012) apresentam três critérios fundamentados em Christopher Wolfe, o qual busca apontar limites para um *judicial review* moderado. Como primeiro limite, Wolfe indica que a revisão judicial deve ser vista como um problema de interpretação e não de legislação. O papel dos juízes seria verificar apenas a constitucionalidade da lei e não se ela é boa e prudente. Por este fato que deveriam ter efeito somente em casos concretos, já que a lei são pensadas para aplicação à toda a sociedade.

Wolfe também indica como limitação a deferência legislativa, aquela atinente em caso de dúvidas sobre a própria interpretação da Constituição, em que “os juízes deveriam submeter a questão ao Legislativo, para que este emita sua opinião sobre a constitucionalidade da lei” (BARBOZA; KOZICKI, 2012, p. 69). Essa dúvida ensejadora da deferência deve ser uma dúvida persistente, não desvendada após todo o esforço interpretativo.

Por conseguinte, num terceiro critério encontram-se as questões políticas. Nesse cenário, a revisão não deveria ser aplicada para rever atos discricionários de outros poderes, configurando decorrência da separação dos poderes (BARBOZA; KOZICKI, 2012, p. 69).

Mas Barboza e Kozicki observam que as teorias do *self-restraint*, conforme apresentaram, não se solidificaram, em vista da crescente expansão do Poder Judiciário. Assim, afirmam que a dificuldade que essa autolimitação encontra é a falta de critérios de como essa contenção pode ser realizada na prática. Ainda, fundamentam que tais restrições são difíceis de serem implantadas “porque, muitas

vezes, os próprios atores políticos preferem que as decisões políticas sejam tomadas pelos Tribunais” (BARBOZA; KOZICKI, 2012, p.71). Como já frisado no capítulo 1, Ran Hirschl já aventa essa delegação de decisões como modo de beneficiar os agentes políticos, transferindo “batatas quentes” ao Judiciário (HIRSCHL, 2012, p. 48). Nessa esteira, “os tribunais ou cortes constitucionais acabam funcionando como trunfos para minorias políticas que não conseguem aprovação dos seus objetivos na arena política” (BARBOZA; KOZICKI, 2012, p.71).

Porém, desacreditando na dificuldade antimajoritária, indo de encontro ao até aqui exposto, está a teoria do órgão legitimador de Robert Dahl, como se tratará no tópico a seguir.

3.4. Na contramão: a teoria do órgão legitimador de Dahl

Insta aventar a teoria de Robert Dahl do tribunal como órgão legitimador de políticas, em vista desse autor entender não haver, em verdade, a tensão apresentada como dificuldade contramajoritária.

Dahl formulou sua tese em artigo publicado em 1957, analisando a Suprema Corte dos Estados Unidos. Em “Tomada de decisões em uma democracia: a Suprema Corte como entidade formuladora de políticas nacionais”, Dahl inicia com provocações acerca do entendimento do tribunal como instituição política ou estritamente jurídica, chegando à conclusão de que é uma instituição formuladora de políticas públicas e que essa função cria uma problemática na existência da Corte “em um sistema político comumente considerado democrático” (1957, p. 27).

A análise de Dahl criva-se na medida em que um tribunal pode “tomar decisões sobre políticas públicas desviando-se dos critérios ‘jurídicos’ encontrados na jurisprudência, nas leis e na constituição” (1957, p. 26). Para realizar essa avaliação, determina dois critérios, segundo ele conflitantes: “o da maioria e o do direito ou justiça” (1957, p. 28). Com esse critério, Dahl se restringe ao resultado estar de acordo com as preferências de uma minoria em face da maioria. Pondera, numa primeira análise, que a Suprema Corte opta por defender a minoria. Mas alerta que há um problema ideológico nessa afirmação.

Isso porque tal assertiva confirma uma negação da soberania popular e igualdade política, pelo menos em um sentido tradicional de democracia. Aponta que

deve ser considerado que os juízes nomeados para atuarem na Suprema Corte “geralmente são homens que, antes de serem nomeados, envolveram-se na vida pública e se comprometeram publicamente com as grandes questões cotidianas” (1957, p. 31). Assim, os Presidentes optariam por nomear juízes que não fossem hostis às suas convicções políticas.

Nesse diapasão, afirma que as visões dominantes da Corte não ficam desalinhadas por muito tempo às maiorias formadas pelos legisladores e chefes da administração. Apenas em breves interstícios em que a aliança é desfeita, até a formação de uma nova é que a Suprema Corte atuaria de forma contramajoritária. Mas, tal fato, segundo Dahl, não tornaria a Corte apenas um agente da aliança, mas “parte essencial da liderança política”, possuindo “algumas alianças próprias de poder das quais a mais importante é a legitimidade singular atribuída às suas interpretações da Constituição” (1957, p. 41).

Antes, porém, de firmar seu convencimento, Dahl expende uma argumentação fundamental:

[...] a função mais importante da Suprema Corte, em termos de políticas públicas, é proteger os direitos básicos ou de caráter fundamental. Assim (e o argumento continua), em um país onde os direitos básicos são, em termos gerais, respeitados, não se pode esperar uma quantidade significativa de casos em que a Suprema Corte teve que se posicionar firmemente contra uma maioria formada por legisladores. Contudo, as maiorias podem, em raras ocasiões, se tornar “tirantias”. E quando isso ocorre, a Suprema Corte intervém. Embora a questão constitucional possa, em sentido estrito, ser tecnicamente aberta, a Constituição assume um pano de fundo composto por uma série de direitos e liberdades que a Suprema Corte garante por meio de suas decisões. (DAHL, 1957, p. 38-39)

Com base no argumento de Dahl, evidencia-se que sua análise também é focada na efetividade que se dá aos direitos fundamentais, posto que quanto mais respeitados, menor será a intervenção judicial para fazer cumprir determinação constitucional. Esse argumento é importante, pois, como se verá adiante, há dissonância com a realidade brasileira.

A teoria do regime dominante, desta forma, visa demonstrar que a preocupação com a dificuldade contramajoritária é, em verdade, descabida, ao passo que a jurisdição constitucional apenas confirma política majoritária existente. Ao analisar a teoria de Robert Dahl, Marcelo Novelino esclarece:

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

Em sua lição, Novelino pondera que existe uma adaptação dessa teoria que considera existente a dificuldade contramajoritária, porém de forma mais amena, já “que a atuação da Corte tem um caráter estratégico resultante de suas limitações institucionais”, sendo “um incentivo [...] para antecipar e reagir às preferências dos agentes eleitos” (2013, p. 278). Segundo Novelino, para influenciar o direito final a ser gerado, os membros da Corte devem observar “as preferências do regime dominante, o que faz com que as decisões geralmente se mantenham próximas das preferências dos demais atores políticos” (2013, p. 278).

Assim, embora se verifique uma amenização na teoria de Dahl, percebe-se que tal não é anacrônica e oferece uma visão mais conservadora da atuação de cortes constitucionais. Essa teoria, inclusive, é importante para observação dos cases colhidos para estudo, uma vez que pode se fazer presente.

CAPÍTULO 4

ANÁLISE DOS JULGADOS E DAS TENSÕES EXISTENTES

4.1. Case Fidelidade Partidária

A discussão que abarca o tema da fidelidade partidária trazida para este trabalho, resultou do julgamento realizado em 12/11/2008, pelo Supremo Tribunal Federal, na Ação Direita de Inconstitucionalidade nº. 3.999-7/DF, sob a relatoria do Ministro Joaquim Barbosa.

Mencionada ADI foi ajuizada pelo Partido Social Cristão (PSC) em face das Resoluções nºs 22.610/2007 e 22.733/2008²⁸ do Tribunal Superior Eleitoral, que regram a perda do cargo eletivo e o processo de justificação da desfiliação partidária. Acompanhando a ADI nº. 3999, foi proposta a Ação Direita de Inconstitucionalidade nº. 4.086, pelo Procurador-Geral da República, julgada conjuntamente com a ADI 3.999, possuindo o mesmo teor decisório em face da similaridade da discussão.

Arguiu-se na ADI 3.999 (objeto deste trabalho) que o art. 2º da Resolução nº. 22.610/2007 contrariava a Constituição Federal, em seu artigo 121, por atribuir ao Tribunal Superior Eleitoral e aos Tribunais Regionais Eleitorais a competência para analisar os pedidos de infidelidade partidária, deixando de observar que conteúdo sobre competências dos tribunais, juízes e juntas eleitorais somente poderia ser normatizado por intermédio de lei complementar²⁹ e não por mera resolução³⁰.

Ainda, a argumentação baseou-se no apontamento de apropriação de competência dos demais poderes (Executivo e Legislativo) ao ter o TSE regrado matéria eleitoral, contrariando ao disposto nos artigos 22, inciso I, 48 e 84, inciso IV, todos da Constituição Federal. Também se questionou o artigo 1º da Resolução n.

²⁸A Resolução 22.733/2008 apenas fez alteração na redação do artigo 11 da Resolução 22.610/2007, para constar da seguinte forma: "Art. 11. São irrecorríveis as decisões interlocutórias do Relator, as quais poderão ser revistas no julgamento final, de cujo acórdão cabe o recurso previsto no art. 121, § 4º, da Constituição da República".

²⁹ Espécie normativa que possui matérias próprias (taxativamente previstas na Constituição) e quórum próprio para aprovação (maioria absoluta nas duas casas do Congresso Nacional). Cf. art. 69 da Constituição Federal de 1988.

³⁰Previsão legal do artigo 121, caput, a Constituição Federal: "Art. 121. Lei complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais".

22.610/2007, por criar hipótese de perda do cargo eletivo não prevista na Constituição³¹.

Assim, apontou-se que ao estabelecer regras processuais – moldes da petição inicial e das provas, prazo para resposta e consequências da revelia, requisitos e direitos da defesa, julgamento antecipado da lide e ônus da prova –, a Resolução nº. 22.610/2007 teria violado a reserva de competência legislativa prevista na Constituição.

Além disso, os proponentes argumentaram a inobservância à reserva de lei em sentido estrito³² (arts. 128, §5º e 129, IX da Constituição) no que tange à possibilidade que a Resolução conferiu ao Ministério Público Eleitoral e ao terceiro interessado, na omissão do partido político, postular a perda do cargo eletivo (art. 1º, §2º da Resolução).

Patente, portanto, foi a argumentação de violação à Constituição Federal por invasão de competência em seara legislativa, consubstanciando afronta ao princípio da separação de poderes, instituído pelo art. 2º da Constituição Federal – o qual faz referência à harmonia e independência dos três poderes – e à cláusula pétrea³³ instituída no art. 60, §4º, III da Constituição Federal, qual seja a separação dos poderes.

Para solver tais argumentações e analisar os aspectos de tensão concernentes ao estudo ora proposto, necessário vislumbrar as justificativas nos votos dos ministros nesse julgamento. À época, o Tribunal era composto pelos ministros Gilmar Mendes (na Presidência do STF), Joaquim Barbosa (relator da demanda), Marco Aurélio, Celso de Mello, Menezes Direito, Cármen Lúcia, Ricardo Levandowski, Eros Grau, Carlos Ayres Britto, Ellen Gracie e César Peluso.

Conforme já mencionado, a ADI 4.089 foi julgada em conjunto com a ADI 3.999, pois as duas versavam sobre a perda do cargo eletivo e sobre a justificação de desfiliação partidária, possuindo argumentações similares. A relatoria de ambas, portanto, foi do Ministro Joaquim Barbosa.

³¹Com efeito, a Constituição Federal de 1988 não faz previsão literal de perda de mandato por motivo de infidelidade partidária. As hipóteses previstas pela Constituição encontram-se no artigo 15.

³²Conforme determina Constituição Federal, as atribuições do Ministério Público, além das previstas na própria Constituição, devem ser definidas em Lei Complementar.

³³As cláusulas pétreas constituem limitações materiais referentes à reforma constitucional, não podendo ser abolidas em propostas de emendas constitucionais submetidas ao processo de deliberação parlamentar. Sobre o assunto, veja-se TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. 10. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 78-80.

O texto impugnado nas mencionadas ADI's não restringiu-se a artigos ou trechos, mas sim à totalidade das Resoluções nºs 22.610/2007 e 22.733 do Tribunal Superior Eleitoral.

Em síntese, mesmo reconhecendo que precedentes do Supremo Tribunal Federal assentam que infidelidade partidária, sem justa causa, acarreta a perda do cargo eletivo³⁴, as ações afirmam que a instrumentalização eleita pelo Tribunal Superior Eleitoral para aplicação da fidelidade partidária, viola a Constituição Federal.

Expedidor das resoluções impugnadas, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) foi instado a prestar informações na ADI 4.086 e o fez, por intermédio de seu Presidente³⁵, à época o Ministro Carlos Ayres Britto, o qual esclareceu que as resoluções só foram editadas para cumprir ao estabelecido pelo STF, ao consignar em precedentes que a competência para disciplina do procedimento pertencia à Corte do TSE. Tal prestação de informações também foi aproveitada na ADI 3.999, pois julgadas em conjunto, conforme já mencionado. Neste sentido, pertinente colacionar parte dessas informações:

Assim sintetizando o feito sob relatoria de Vossa Excelência, o que me cabe pontuar é que esta Corte de Justiça editou os atos questionados com apoio não só no poder normativo de que legalmente dispõe (incisos IX e XVIII do art. 23 do Código Eleitoral e art. 105 da Lei nº. 9.504/97), como, sobretudo, com base em determinação do próprio Supremo Tribunal Federal, para que fosse dado cumprimento ao que estabelecido por aquela Corte Máxima em tema de perda de mandato parlamentar por ato caracterizador de infidelidade partidária.

Explico: como é de todos sabido, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos mandados de segurança nºs. 26.602, 26.603 e 26.604, reformou sua antiga jurisprudência para entender, agora, que a mudança injustificada de partido político gera a perda do mandato pelo “trânsfuga” e sua conseqüente devolução ao partido pelo qual ele, trânsfuga, foi originalmente eleito. Pelo que foi o próprio Plenário do Supremo Tribunal Federal, guardião-maior da Constituição da República, que extraiu do texto da Lei Maior a necessidade de se proteger o valor da fidelidade partidária. O que foi expressamente assentado pelo Min. Celso de Mello, Relator do MS 26.603, *verbis*:

“O direito vindicado pelos partidos políticos **afetados** por atos de infidelidade partidária **não** nasce **nem** surge da resposta que o TSE

³⁴Os precedentes referentes à discussão correspondem aos Mandados de Segurança nº. 26.602, 26.603 e 26.604, todos julgados pelo STF em 04/10/2007.

³⁵Note-se que, de acordo com o art. 119, parágrafo único da Constituição Federal, o Presidente do Tribunal Superior Eleitoral corresponde a um ministro do Supremo Tribunal Federal, ou seja, o integrante compõe as duas Cortes concomitantemente.

deu à Consulta que lhe foi submetida, **mas representa emanção direta** do próprio texto da Constituição, **que a esse mesmo direito confere realidade e dá** suporte legitimador, **especialmente** em face dos fundamentos e dos princípios estruturantes **em que se apóia** o Estado Democrático de Direito, **como** a soberania popular, a cidadania e o pluralismo político (CF, art. 1º, I, II e V).

[...] **O ato** de infidelidade, **seja** ao Partido Político, **seja** com maior razão, **ao próprio** cidadão-eleitor, mais do que um desvio ético-político, **representa** um inadmissível ultraje ao princípio democrático e ao exercício legítimo do poder, **na medida** em que migrações inesperadas, nem sempre motivadas por razões justas, **não só** surpreendem o próprio corpo eleitoral e as agremiações partidárias de origem – **desfalcando-as** da representatividade por elas conquistadas nas urnas –, **mas culminam** por gerar um arbitrário desequilíbrio de forças no Parlamento, **vindo**, até, **em clara fraude** à vontade popular e **em frontal transgressão** ao sistema eleitoral proporcional, a asfixiar, **em face** de súbita redução numérica, **o exercício** pleno da oposição política”. (grifos do autor) (BRASIL, 2008b, p. 53-54)

Observa-se que o Ministro Carlos Ayres Britto, além de nominar a Corte do STF como guardião-maior da Constituição (sendo que dela também faz parte) utiliza as fundamentações exaradas pelo Ministro Celso de Mello no Mandado de Segurança nº. 26.603 para justificar a edição dos atos normativos. Faz uso dessas fundamentações em mais vezes, principalmente para asseverar que o TSE não estaria criando direito eleitoral novo, mas cumprindo com o decidido e orientado pelo STF. Veja-se:

Acresce que o STF, para além de assentar a premissa de que o desrespeito à fidelidade partidária traz, como consequência, a perda do mandato, estabeleceu que competiria a este Tribunal Eleitoral não apenas processar e julgar os feitos atinentes a mandatos federais, como, por igual, **estabelecer em Resolução** todos os ritos necessários à disciplina do respectivo procedimento, respeitadas as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Pois não poderia aquela Egrégia Corte estabelecer os fins (perda do mandato como consequência do ato de infidelidade), sem assentar os meios pertinentes (órgão competente e ritualística a ser obedecida).

É o que se extrai, com clareza, do voto proferido pelo Min. Celso de Mello, rel. do MS 26.603. Voto, acentue-se, acolhido pela maioria do Plenário do Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

“[...] **Nada impedirá** que o E. Tribunal Superior Eleitoral, à **semelhança** do que se registrou **em precedente** firmado no caso de Mira Estrela/SP (RE 197.917/SP), **formule e edite** resolução **destinada** a regulamentar **o procedimento** (materialmente) **administrativo de justificação** em referência, **instaurável** perante órgão competente da própria Justiça Eleitoral, **em ordem a estruturar**, de modo formal, **as fases rituais** desse mesmo

procedimento, **valendo-se**, para tanto, **se** assim o entender pertinente, **e para colmatar** a lacuna normativa existente da '*analogia legis*', **mediante** aplicação, **no que couber**, das normas inscritas no arts. 3º a 7º da Lei Complementar nº. 64/90.

Observo que a fórmula da resolução ora sugerida, a ser eventualmente editada pelo E. Tribunal Superior Eleitoral, **representou** solução idealizada no julgamento plenário **do já mencionado RE 197.917/SP e foi considerada inteiramente constitucional** por essa Suprema Corte, **quando** da apreciação da **ADI 3.345/DF**, de que fui Relator, **em decisão** que julgou **improcedente** referida ação direta.

Entendo, Senhora Presidente, que, **se** esta for a compreensão do Supremo Tribunal Federal, **assegurar-se-á**, ao partido político e ao parlamentar que dele se desligar voluntariamente, **a possibilidade** de, em sede **materialmente** administrativa e perante a Justiça Eleitoral, justificar, com ampla dilação probatória – **e com pleno respeito** ao direito de defesa –, **a ocorrência**, ou não, **das situações excepcionais** a que se referiu o E. Tribunal Superior Eleitoral **em sua resposta** à Consulta nº. 1.398/DF, **para que possa**, então, **se e quando** for o caso, **submeter** ao Presidente da Casa legislativa **o requerimento** de preservação da vaga obtida nas eleições proporcionais". (grifos do autor) (BRASIL, 2008b, p. 54-57)

Logo, nas informações prestadas verifica-se que a base para a edição das Resoluções atacadas em ADI foi próprio precedente do STF, o qual remeteu ao TSE a normatividade do procedimento apto a verificar a presença ou ausência de justa causa.

Essa verificação da prestação de informações pelo Presidente do TSE e também Ministro do STF, se faz necessária neste estudo para coadunar com o voto proferido pelo próprio ministro quando do julgamento da ADI 3.999, bem como para delinear o próprio posicionamento do Ministro Celso de Mello, cujas razões foram utilizadas para justificar a prestação de informações. Note-se que ambos os ministros participaram do julgamento da ADI objeto deste estudo.

Tecidas essas considerações e motivações do TSE ao editar as resoluções debatidas na Ação Direta de Inconstitucionalidade, necessário apontar os fatos que ensejaram as próprias resoluções, tarefa que se pretende cumprir no tópico a seguir.

4.1.1. Dos fatos que ensejaram as Resoluções nºs. 22.610/2007 e 22.733/2008

Pertinente esclarecer que os Mandados de Segurança muitas vezes referenciados na presente demanda – MS nºs. 26.602, 26.603 e 26.604 – foram

impetrados anteriormente às ADI's em discussão, por partidos políticos para fazer validar requerimentos indeferidos pelo Presidente da Câmara dos Deputados, concernentes à vacância de mandatos por desfiliações partidárias.

Ainda, referidos Mandados de Segurança se fundamentaram no resultado da Consulta nº. 1.398/DF, apresentada pelo Partido da Frente Liberal³⁶ ao TSE, questionando: “Os partidos e coligações têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda?” (BRASIL, 2007, p. 2).

Ao responder mencionada indagação, o Ministro Relator da Consulta, Cesar Asfor Rocha, firmou em seu voto o *status* de entidade constitucional dos partidos políticos, nos moldes do art. 17 da Constituição Federal, e utilizando-se das lições de Maurice Duverger remeteu que “as modernas democracias de certa forma secundarizam, em benefício dos partidos políticos, a participação popular direta”, ressaltando que os partidos “adquiriram a qualidade de autênticos protagonistas da democracia representativa” (BRASIL, 2007, p. 3).

Deste modo, em suas razões, o relator da Consulta realizada ao TSE segue referindo-se à importância, ou melhor, “exponencial qualificação constitucional” atribuída pela Constituição aos partidos, asseverando que essa relevância funda-se na “essencialidade ao funcionamento da democracia representativa” que o partido pode instrumentalizar, sendo necessário verificar a indagação de forma a correlacionar os princípios insculpidos na Carta Magna, para garantir o manto da hermenêutica constitucional (BRASIL, 2009, p. 4).

Fundando-se nos princípios, o Ministro Relator Cesar Asfor Rocha utiliza os ensinamentos do Professor Paulo Bonavides, em que princípios são normas, que por sua vez compreendem regras e princípios, e que dada a importância exponencial do partido político, a Constituição deve ser analisada em sua plenitude, pois constitui-se termo unificador das normas, recorrendo a princípios constitucionais para justificar seu voto.

Reconhece em seu voto que:

³⁶O PFL (Partido da Frente Liberal) teve seu nome alterado em março de 2007, passando para a nomenclatura Democratas (sigla DEM). Cf. notícia veiculada na Folha de São Paulo, disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/foha/brasil/ult96u90636.shtml>>. Acesso em set. 2016.

[...] não há dúvida nenhuma, quer no plano jurídico, quer no plano prático, que o vínculo de um candidato ao Partido pelo qual se registra e disputa uma eleição é o mais forte, se não o único, elemento de sua identidade política, podendo ser afirmado que o candidato não existe fora do Partido Político e nenhuma candidatura é possível fora de uma bandeira partidária.

Por conseguinte, parece-me equivocada e mesmo injurídica a suposição de que o mandato político eletivo pertence ao indivíduo eleito, pois isso equivaleria a dizer que ele, o candidato eleito, se teria tornado senhor e possuidor de uma parcela da soberania popular, não apenas transformando-a em propriedade sua, porém mesmo sobre ela podendo exercer, à moda do exercício de uma prerrogativa privatística, todos os poderes inerentes ao seu domínio, inclusive o de dele dispor. (BRASIL, 2007, Min. Voto Rel. Cesar Asfor Rocha, p. 5)

Assim, o mencionado relator, por meio de suas argumentações, constrói o pensamento no sentido de que o mandato eletivo não deve subjugar-se ao cunho privado, pois pertencente a uma categoria plural e não ao indivíduo candidato. Utiliza-se do princípio da moralidade pública para justificar o repúdio do uso de prerrogativa pública no interesse particular.

Afirma que o mandato parlamentar é pertencente ao partido político:

Ao meu sentir, o mandato parlamentar pertence, realmente, ao Partido Político, pois é à sua legenda que são atribuídos os votos dos eleitores, devendo-se entender como indevida (e mesmo ilegítima) a afirmação de que o mandato pertence ao eleito, inclusive porque toda a condução ideológica, estratégica, propagandística e financeira é encargo do Partido Político, sob a vigilância da Justiça Eleitoral, à qual deve prestar contas (art. 17, III, da CF). (BRASIL, 2007, Min. Voto Rel. Cesar Asfor Rocha, p. 7)

Com essas afirmações, consubstanciando-se também em normas do Código Eleitoral, o Ministro Relator respondeu afirmativamente à consulta, concluindo que no sistema eleitoral proporcional são os partidos e coligações que permanecem com a vaga em caso de desfiliação.

Na consulta ao TSE, a maioria dos ministros acompanharam o voto do Relator, exceto o Ministro Marcelo Ribeiro, que votou negativamente à consulta.

O Ministro Marcelo Ribeiro realiza em seu voto o cotejo entre a falta de previsão da Constituição Federal de 1988 sobre a perda do mandato pela desfiliação ou infidelidade partidária em contrariedade à previsão contida na Constituição anterior. Verificando a ausência na norma atual, entende que o constituinte, ao não

prever, não quis a perda do mandato nessa hipótese. Utiliza-se de precedentes do STF.

Enumerou suas razões de decidir:

Senhor Presidente, ponho-me de acordo com os votos vencedores no *writ* decidido em 1989 pela Suprema Corte.

Isso porque, em síntese, meu pensamento é o seguinte:

- a) o tema em análise foi tratado na Constituição de 67/69;
- b) era objeto de norma expressa;
- c) houve modificação no texto constitucional, de modo que, hoje, não há regra que determine a perda do mandato na hipótese em questão, pois
- d) o art. 55 da vigente Constituição, em *numerus clausus*, elenca quais são os casos de perda de mandato e não há, no citado rol, a hipótese de mudança de partido por parte de parlamentar eleito. (BRASIL, 2007, Voto Min. Marcelo Ribeiro, p. 62)

Deste modo, foi o único a votar negativamente à consulta. O TSE era composto³⁷ dos seguintes ministros ao responder a consulta: Cesar Asfor Rocha (relator da consulta), Marco Aurélio (que votou positivamente à consulta, acompanhando o voto do Relator), Cesar Peluso, Carlos Ayres Britto, José Delgado, Caputo Bastos e Marcelo Ribeiro.

Após a resposta positiva da consulta, foram impetrados diversos Mandados de Segurança (a exemplos dos n.ºs. 26.602, 26.603 e 26.604) visando a manutenção da vaga pelos partidos políticos ao terem alguma desfiliação.

Mencionada situação gerou a edição das Resoluções do TSE que, por sua vez, ensejaram a impetração das Ações de Inconstitucionalidade ora discutidas.

Ante o percurso traçado, adentra-se ao acórdão proferido na ADI 3.999, que é objeto desse estudo, mas que não poderia prosseguir sem as informações anteriormente expostas.

4.1.2. Voto do ministro relator Joaquim Barbosa

Insta esclarecer que, conforme detalhado a seguir, o voto do Relator, Min. Joaquim Barbosa, foi o voto paradigma, ou seja, a maioria dos ministros acompanharam as argumentações esposadas, votando com as razões do Relator.

³⁷ O TSE é composto por, no mínimo, sete membros. Cf. art. 118 da Constituição Federal de 1988.

Os Ministros Marco Aurélio e Eros Grau foram os únicos que votaram contrários ao Relator, restando vencidos.

O Relator possui importância ímpar, pois é o ministro sorteado – ou escolhido por prevenção³⁸ – para dirigir um processo. É ele quem leva seu voto para a turma ou plenário. Na demanda de discussão sobre a fidelidade partidária, o Ministro Relator foi escolhido pela prevenção.

Ao proferir seu voto, primeiramente, o Ministro Joaquim Barbosa reconheceu a possibilidade do exame concentrado e abstrato da norma atacada, isto porque a Resolução nº 22.610/2007 relaciona normas amplas e gerais referentes ao processo de perda do cargo por infidelidade partidária, bem como do reconhecimento da justificação de desfiliação.

De início, o Ministro acentua preocupação com o povo, com receio de subtrair o eleitorado “do debate relativo ao direito que assistiria aos partidos políticos de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional” (BRASIL, 2008a, p. 108).

O voto proferido pelo ministro acentua seu posicionamento pessoal, mas ao final, demonstra sua declinação ao posicionamento do Tribunal, a fim de garantir uma linha de entendimento estável e previsível à nível de segurança jurídica.

Nesse sentido, se extrai das palavras do Ministro um reconhecimento de “crise de representatividade” dos eleitores, indagando se realmente os partidos conseguem expressar as vontades dos representados. Não obstante ao sistema eleitoral proporcional que concede vagas ou cadeiras aos partidos, o questionamento se faz em torno dessa reserva ao partido de prevalecer com o cargo caso seu filiado eleito venha a se desvincular com a ideologia partidária.

Nessa esteira, o Ministro relembra posicionamento já edificado quando do julgamento dos Mandados de Segurança nºs. 26.602, 26.603 e 26.604:

Aliás, nesse sentido, relembro que estas foram minhas palavras por ocasião do julgamento dos *leading cases*:

“Aliás, Senhora Presidente, permita-me abrir aqui um parênteses, é que eu me pergunto se essa apregoada preeminência dos partidos políticos como instituições arregimentadoras exclusivas da vontade popular encontra eco na realidade da sociedade moderna

³⁸Prevenção é um critério processual de competência. Como o Ministro Joaquim Barbosa foi sorteado para atuar como Relator na ADI 4.086, distribuída anteriormente à ADI 3.999, bem como por versarem sobre o mesmo fato e pedido, o Ministro tornou-se competente para também atuar como Relator na ADI 3.999. Ainda, diante da similaridade das ações, o julgamento ocorreu de modo conjunto.

planetariamente, com múltiplas formas de expressão da vontade dos mais diversos segmentos sociais.

Tenho minhas dúvidas, e nesse sentido, lembro do papel crescentemente importante desempenhado nos dias atuais por organizações tais como as organizações não-governamentais.

Tive o privilégio de assistir nos Estados Unidos da América há cerca de sete ou oito anos o papel decisivo que uma organização espontânea, que surgiu durante o processo de impeachment de um presidente daquele país, teve no desfecho do processo de impeachment. O nome da organização era “Move on”. Tenho sérias dúvidas se os partidos tradicionais estão mesmo à altura da tarefa de expressar satisfatoriamente a vontade e os anseios dos membros dessa nova sociedade planetária.

[...] Em realidade, ao fazer uma opção por essa PARTIDOCRACIA, supostamente no intuito de preservar a vontade do eleitor, o que fez o Tribunal Superior Eleitoral foi alijar completamente o eleitor do processo de manifestação da sua vontade soberana. Tornou-se irrelevante, pois importantes passaram a ser apenas os partidos políticos”. (grifo do autor) (BRASIL, 2008a, Voto Min. Relator Joaquim Barbosa, p.109)

Revela em seu voto que o tema em discussão se trata, em verdade, do poder regulamentar exercido pelo TSE ao criar normas de atribuição de competências e regulação do processo da perda de cargo eletivo. Mas assevera que essa discussão traz à baila outra tensão, pois “afeta as expectativas do eleitorado com relação à representação política popular” (BRASIL, 2008a, p. 110).

Acresce que:

Segundo entendeu o e. TSE e esta Corte, o sistema de eleições proporcionais justifica que a identidade formada entre o eleitor e o candidato fique em segundo plano, subordinada à presumida relação entre o eleitor e o partido político. A resolução de tal tensão também deveria se dar por meio dos instrumentos postos à positivação da representação popular, isto é, com a observância da regra da legalidade. A pergunta que se põe é se pode haver a perda do mandato sem o devido processo legal erigido com apoio na representação política popular. (BRASIL, 2008a, Voto Min. Rel. Joaquim Barbosa, p. 110).

Para afirmar sua preocupação e destacar seu posicionamento pessoal já firmado na Corte, o Ministro Joaquim Barbosa revisitou o julgado dos Mandados de Segurança, especialmente o voto do Ministro Celso de Mello no MS nº 26.603, em que se destacou a possibilidade do TSE editar resolução para regulamentar o procedimento administrativo de justificação de desfiliação partidária.

Embora tenha frisado mencionada passagem realizada por Celso de Mello, o fez para melhor delinear seu entendimento e para decliná-lo. Identificou que:

[...] as hipóteses que levam à perda do cargo eletivo e o procedimento respectivo são temas que devem ser tratados pelos órgãos de representação popular, com base em disposição expressa e inequívoca da Constituição. A infidelidade partidária implica instabilidade do sistema democrático em duas ordens diversas. Em primeiro lugar, como decidiu a Corte, o acesso do candidato ao cargo eletivo pressupõe a força do partido político, nas eleições proporcionais. Em contraponto, contudo, não me parece possível ignorar a relação estabelecida diretamente entre o eleito e o eleitorado. Relembro a frase do eminente Ministro Victor Nunes Leal, já citada por ocasião do julgamento do MS 26.602, de que “embora escolhido pelo critério partidário, (o deputado) representa o povo”. (BRASIL, 2008a, Voto Min. Rel. Joaquim Barbosa, p. 113).

Esclarece que o sistema eleitoral proporcional pressupõe a identidade entre os interesses dos eleitores e também pela plataforma ideológica ou ideia de programa do partido, mas acredita que essa identidade já não se mostra absoluta no contexto atual. Incrementa que não se pode substituir a vontade do povo pela vontade do partido (BRASIL, 2008a, p. 114).

Nesse sentido, o Ministro tece algumas críticas, a fim de demonstrar a seriedade do tema que se debate, além de apontar que as ramificações dessa discussão são de responsabilidade do legislativo. Pertinente verificar na íntegra as indagações por ele apontadas:

Em princípio, o Judiciário está mal equipado para resolver a instabilidade originada da perda do mandato eletivo por infidelidade partidária. Uma vez reconhecido que a Constituição vincula a fidelidade partidária ao exercício de cargo eletivo no sistema proporcional – e tal definição se encontra no âmbito de atuação do Judiciário – surgem novas questões – que se submetem inicialmente ao escrutínio do Legislativo. Por exemplo, deve o suplente deter letigimação para questionar a observância à fidelidade partidária? A legitimação do terceiro não tem o potencial para fomentar conflitos orientados muito mais pelo interesse pessoal do que pelo legítimo interesse republicano de fazer valer a força da Constituição? Outra questão: não deveria haver um mecanismo para examinar a percepção do eleitor quanto à fidelidade do partido político pelo qual se elegeu o candidato tido por insurgente às diretrizes fixadas por ocasião do pleito? Se o suplente é legitimado para questionar a fidelidade, qual a razão para excluir o eleitor? Poderia a anuência do partido do qual parte o insurgente sanar o desequilíbrio causado pela

infidelidade partidária, para afastar a pena de perda de cargo eletivo? Quais critérios devem pautar o reconhecimento da justa causa, de modo a afastar a ilicitude da infidelidade partidária? Os prazos para apresentação são adequados? (BRASIL, 2008a, Voto Min. Rel. Joaquim Barbosa, p. 114-115).

É interessante notar o reconhecimento realizado pelo Ministro de que as questões suscitadas são de competência do próprio legislativo, inicialmente (como pondera acima). Todavia, ainda firma sua preocupação com relação em como fica a situação diante do “temporário silêncio do Legislativo” (BRASIL, 2008a, p.115).

Isso porque entende que o Legislativo, ao ter projeto de lei sobre o tema em trâmite no Congresso Nacional³⁹, já suscita o interesse em legislar sobre a matéria. Mas até lá? O Ministro se mostra reflexivo nesse sentido, buscando evitar a lacuna temporal e legislativa do tema em pauta.

Nesses termos, pondera:

A questão que se coloca é como devem ser processadas essas tensões diante do temporário silêncio do Legislativo. [...] Entendo que, em princípio, o debate legislativo é o ambiente adequado para resolver essas e outras questões, que são eminentemente políticas. Somente em situações extremas e sempre quando autorizado expressamente pela Constituição é que o Judiciário pode se manifestar sobre os critérios que orientam a manutenção ou a perda do cargo por infidelidade partidária. (BRASIL, 2008a, Voto Min. Rel. Joaquim Barbosa, p. 115).

Diante disso, o Relator deixa claro que sua compreensão é a de que a problemática deveria ser discutida no âmbito do legislativo, pois essencialmente de cunho político. Todavia, externa sua preocupação com a omissão do legislador.

Assim, visando a atuação legítima do Judiciário, o Ministro invoca o princípio da colegialidade e seu derivativo, o princípio da disciplina colegial, ambos patrocinados por Aharon Barak, na obra “*A Judge on judging: the role of a Supreme Court in a Democracy*” (BRASIL, 2008a, p.115).

³⁹O Ministro referia-se ao PLC 35/2007, que foi aprovado pela Câmara dos Deputados e remetido à análise do Senado Federal, em 21/08/2007. Tramitou no Senado sob o nº. 58/2007. Restou arquivado no Senado em 19/03/2015, sem aprovação. Cf. consulta de atividade legislativa, disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/matéria/82219>>. Acesso em set. 2016.

Munido desses princípios, orienta o posicionamento já firmado pelo Supremo Tribunal Federal ao reconhecer a prática da fidelidade partidária, bem como a necessidade de instrumentalização desse reconhecimento:

[...] Ao reconhecer aos partidos políticos o direito de postular o respeito ao princípio da fidelidade partidária perante o Judiciário, decisão na qual, é importante lembrar, eu fiquei vencido, esta Corte, interpretando a Constituição, não lhes negou um meio processual para assegurar concretamente as consequências advindas de eventual desrespeito ao princípio então reconhecido. É nesse sentido que leio as palavras lançadas pelo Ministro Celso de Mello, de que compete ao TSE dispor sobre a matéria durante o silêncio – eloquente, talvez – do Legislativo. Vale dizer, de pouco adiantaria a Corte reconhecer um dever – fidelidade partidária – e não reconhecer a existência de um mecanismo ou de um instrumento legal para assegurá-lo. A inexistência do mecanismo leva a quadro de exceção, que se crê ser temporário. (BRASIL, 2008a, Voto Min. Rel. Joaquim Barbosa, p. 116)

Usando esse raciocínio, com crivo na temporariedade, bem como visando assegurar o direito constitucional da fidelidade partidária, conforme assentado pela Corte, o Ministro finaliza seu voto interpretando como correta e constitucional a resolução impugnada.

Exprime que o Legislativo é soberano para dispor sobre matéria eleitoral, nela abordada a fidelidade partidária, mas que essa limitação deve ser sensível ao momento extraordinário do vácuo legislativo e à garantia emanada da Constituição.

Finaliza seu voto:

A atividade normativa do TSE recebe seu amparo da extraordinária circunstância de o Supremo Tribunal Federal ter reconhecido a fidelidade partidária como requisito para permanência em cargo eletivo e a ausência expressa de mecanismo destinado a assegurá-lo.

Ante o exposto, tendo presente o quadro de transitoriedade a que fiz alusão e ressaltando o meu ponto de vista pessoal, já externado por ocasião do julgamento dos mandados de segurança mencionados, conheço desta ação direta de inconstitucionalidade, mas a julgo improcedente, considerando, pois, válidas as resoluções adotadas pelo TSE até que o Congresso Nacional disponha sobre a matéria. (BRASIL, 2008, Voto Min. Joaquim Barbosa, p. 117).

O Ministro Relator ressalva seu posicionamento pessoal e expressa fidelidade ao já decidido pela Suprema Corte, assinalando que, acaso não existisse a norma emanada do TSE, não seria possível engendrar um procedimento para dar consequência à fidelidade partidária, restando vazio o reconhecimento do princípio da fidelidade partidária outrora proferido pelo próprio STF.

Assim, o Ministro decide pela constitucionalidade das resoluções editadas pelo TSE, indicando a legitimidade, ainda que temporária – o que faz questão de frisar –, da normatividade criada pela Corte Eleitoral sob autorização do STF, julgando improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº.3.999 (e, por via de consequência, a ADI 4.086).

O voto foi acompanhado pela maioria dos ministros, conforme se verifica a seguir.

4.1.3. Dos votos que acompanharam o relator

Os Ministros que acompanharam o Relator explicitaram a concordância com as razões expendidas, inclusive ressaltando a ressalva do posicionamento pessoal.

Nessa esteira, enfatizou o Ministro Menezes Direito:

E o eminente Ministro Joaquim Barbosa hoje, ressaltando a sua posição pessoal, mas explicitando a sua fidelidade ao julgado da Suprema Corte, fez questão de assinalar que, realmente, se não houvesse a competência normativa, o julgamento proferido pela Suprema Corte, no que diz com a fidelidade partidária, seria absolutamente inócuo porque não haveria como dar consequência ao procedimento para o cumprimento da decisão em torno da fidelidade partidária. (BRASIL, 2008a, p. 122)

Também observou a Ministra Cármen Lúcia:

[...] dentro exatamente do brilhantíssimo voto agora proferido pelo eminente Ministro Joaquim Barbosa, tem-se que a efetividade no caso do julgamento, em última análise, é a efetividade jurídica da própria Constituição, porque ela não teria eficácia alguma se disséssemos que o princípio haveria de ser aplicado e obedecido e esse reconhecimento pudesse não ser adotado a partir de um procedimento que o próprio Ministro Celso de Mello muito bem

ênfatizou, seria da competência do Tribunal Superior Eleitoral, se não se expedisse aquela resolução. (BRASIL, 2008a, p. 124)

O Ministro Ricardo Lewandowski acompanhou o relator, mas ressaltou seu entendimento de existência de competência regulamentar ao TSE:

Ao editar as Resoluções 22.710 e 22.733, portanto, entendo que o TSE nada mais fez, como assinalai, do que dar concreção ao decidido pela Corte Constitucional, exercendo a competência regulamentar que lhe confere o artigo 23, inciso IX, do Código Eleitoral; estabelecendo, inclusive de modo muito salutar, a meu ver, o devido processo legal para a perda dos mandatos. (BRASIL, 2008a, p. 128)

O Ministro Carlos Ayres Britto também elogiou o voto do Relator, principalmente no que atine à ressalva de posicionamento pessoal.

Além dos cumprimentos, o Ministro Britto ressaltou em seu voto ao acompanhar o Relator, as questões democráticas postas em debate e a competência regulamentar da Justiça Eleitoral:

[...] A eleição é realmente esse canto maior, essa celebração da democracia representativa porque possibilita aos eleitores produzir os quadros dirigentes do País quanto aos poderes eminentemente políticos da República Federativa: o Legislativo e o Executivo. Este no plano das chefias, das chamadas chefias executivas.

[...] A Constituição deixa clarissimamente posto, a partir do seu parágrafo único do artigo 1º, que a nossa democracia é eminentemente representativa [...]

A nossa democracia é partidária, não há como fugir dessa enfática, decisiva, proclamação constitucional. A nossa democracia é partidária, daí se falar de partidocracia no sentido afirmativo, não pejorativo.

[...] A Justiça Eleitoral Brasileira tem essa peculiaridade de planejar cada eleição popular [...] Tem de instruir cada eleição, tem que realizar, material, concretizar no dia certo, pré-estabelecido pela Constituição, operacionalizar a eleição, torna-la um corpo vivo, algo in concreto.

[...] Então, é uma Justiça Eleitoral que não pode deixar de ter o poder regulamentar.

[...] Pois bem, a expedição de ambas as resoluções se fez para cumprir determinação do Supremo Tribunal Federal, em fina sintonia com decisões do Supremo Tribunal Federal em dois mandados de segurança e, no particular, ambas as resoluções louvaram-se em passagens do voto proferido por esse luminar do Direito que é o Ministro Celso de Mello. (BRASIL, 2008, Voto Min. Carlos Ayres Britto, p. 135-139).

A Ministra Ellen Gracie não se alongou, e em quatro linhas fundamentou seu posicionamento, acompanhando o voto relator. Mas ressaltou que “não gostaria de perder esta ocasião para louvar o espírito da colegialidade” (BRASIL, 2008, p. 143), o qual foi nitidamente o fator de declínio no voto do Ministro Joaquim Barbosa.

O Ministro Cezar Peluso também seguiu as razões do Relator, mas pediu vênia para ventilar apenas algumas ponderações. Entre as justificativas apontadas, ressaltou o devido processo legal:

Hoje, sabe-se que, quando o tal princípio constitucional se refere ao devido processo legal – e no artigo 111 da Constituição Italiana consta agora a expressão “*il giusto processo regolato dalla legge*” -, não significa apenas que tal processo, a disciplina ou o perfil de tal processo deva decorrer de uma lei. É que o princípio agasalha, também, a hipótese de que o processo possa decorrer de qualquer outra fonte constitucional, qual seja, a eficácia de coisa julgada material de um acórdão do Supremo Tribunal Federal. Noutras palavras, se esta Corte, em decisão recoberta pela autoridade da coisa julgada material, determina ao Tribunal Superior Eleitoral que, para dar eficácia prática ao objeto da sua decisão, deva disciplinar o modo de concretização do seu comando, a atuação do Tribunal Superior Eleitoral não pode deixar de ser considerada como expressão de um devido processo legal, de fonte constitucional, porque nasce exatamente da eficácia de coisa julgada material que a Constituição lhe garante. (BRASIL, 2008a, Voto Min. Cezar Peluso, p. 151-152)

Também acompanhou o voto do Relator, o Ministro Presidente da Corte à época, Gilmar Mendes. Valeu-se das orientações do Ministro Celso de Mello e asseverou:

E já disseram bem todos os Ministros, mas agora destacada na manifestação do Ministro Celso de Mello. O grande problema da jurisdição constitucional, um dos seus grandes desafios, é o desafio da efetividade: como dar substância, consequência a sua decisão. Daí, por exemplo, os italianos hoje se embrenham por essas chamadas sentenças manipulativas de conteúdo aditivo, tentando fazer uma atividade complementar ao legislador e rompendo com o dogma kelseniano do chamado legislador negativo. (BRASIL, 2008a, Voto Min. Gilmar Mendes, p. 160)

Mesmo com essa observação, o Ministro Gilmar Mendes entendeu plenamente aplicáveis as Resoluções impugnadas, pugnano por uma aplicação analógica ao disposto no artigo 3º da Lei Complementar 64 de 1990, que prevê a impugnação de pedido de registro de candidato⁴⁰.

Por sua vez, o Ministro Celso de Mello também acompanhou o voto do Relator, julgando improcedentes as ADI's, sendo pertinente seu comentário quando do voto do Ministro Gilmar Mendes, alertando que “a prática da infidelidade partidária, ao propiciar ilegítima alteração do resultado das urnas fora do processo eleitoral, provoca, com tal consequência, gravíssima lesão ao princípio democrático” (BRASIL, 2008a, p. 157).

Assim, estes foram os Ministros que acompanharam o voto do Relator, entendendo pela constitucionalidade das resoluções do TSE. Muito embora esse seja o entendimento da maioria, foram dois os votos dissidentes, conforme detalhado a seguir.

4.1.4. Dos votos dissidentes

Divergindo da maioria dos membros da Corte, os Ministros Eros Grau e Marco Aurélio votaram contrariamente ao Relator. Mesmo com algumas nuances iniciais, pois enquanto um entendeu de pronto pela inconstitucionalidade das Resoluções, o outro entendeu que a ação não deveria sequer ter sido conhecida e analisada sob o crivo do controle de constitucionalidade (*judicial review*).

Votando pela procedência das ADI's, o Ministro Eros Grau considerou que as Resoluções editadas pelo TSE são possuidoras de múltiplas inconstitucionalidades, pois inovam no Direito Processual e nas atribuições do Ministério Público. Acentua que considera um “abuso de inconstitucionalidade” (BRASIL, 2008a, p. 129).

Registra em seu voto:

⁴⁰Redação do dispositivo legal: “Art. 3º Caberá a qualquer candidato, a partido político, coligação ou ao Ministério Público, no prazo de 5 (cinco) dias, contados da publicação do pedido de registro do candidato, impugná-lo em petição fundamentada. § 1º A impugnação, por parte do candidato, partido político ou coligação, não impede a ação do Ministério Público no mesmo sentido. § 2º Não poderá impugnar o registro de candidato o representante do Ministério Público que, nos 4 (quatro) anos anteriores, tenha disputado cargo eletivo, integrado diretório de partido ou exercido atividade político-partidária. § 3º O impugnante especificará, desde logo, os meios de prova com que pretende demonstrar a veracidade do alegado, arrolando testemunhas, se for o caso, no máximo de 6 (seis)”.

Para ser breve, incisivamente breve, indago se o Tribunal Superior Eleitoral foi contemplado com o poder de expedir normas primárias sobre as matérias que foram disciplinadas na e pela Resolução 22.610/01.

Ora como já se disse em voto proferido do Supremo Tribunal Federal, o “Estado-legislador é detentor duas caracterizadas vontades normativas: uma é primária, outra é derivada. A vontade primária é assim designada por se seguir imediatamente à vontade da própria Constituição, sem outra base de validade que não seja a Constituição mesma. Por isso que imediatamente inovadora do Ordenamento Jurídico, sabido que a Constituição não é diploma normativo destinado a tal inovação, mas à própria fundação desse Ordenamento. Já a segunda tipologia de vontade estatal-normativa, vontade tão-somente secundária, ela é assim chamada pelo fato de buscar o seu fundamento de validade em norma intercalar; ou seja, vontade que adota como esteio de validade um diploma jurídico já editado, este sim, com base na Constituição. Logo, vontade que não tem aquela forla de inovar o Ordenamento (sic) com imediatidade”.

4. Daí a indagação, essencial ao deslinde da questão de que ora cogitamos: o Tribunal Superior Eleitoral foi contemplado com o poder de expedir normas primárias sobre as matérias que foram disciplinadas na sua Resolução nº. 22.610/07?

Não, evidentemente. O Código Eleitoral autoriza o Tribunal Superior Eleitoral apenas, unicamente, exclusivamente a dispor sobre a sua execução (dele, Código Eleitoral) e da legislação eleitoral, sem força suficiente para inovar o ordenamento.

[...] Nunca fiz praça da ‘separação’ dos poderes – até porque sei que o indivisível não se pode separar – mas sempre reagi vigorosamente, qual agora o faço, contra qualquer ensaio de superposição de momentos, o normativo e o jurisdicional [...].

O Tribunal Superior Eleitoral não está autorizado, nem pela Constituição, nem por lei nenhuma, a inovar o ordenamento jurídico, obrigando quem quer que seja a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa. Estivesse autorizado por alguma lei a dispor sobre a matéria excluída da reserva da lei, então poderíamos argumentar a partir da afirmação de que estaria a produzir texto normativo análogo aos regulamentos autorizados [...]

O fato, de toda sorte, é que o TSE não foi contemplado com o poder de expedir normas primárias sobre matéria eleitoral. **E nem poderia essa faculdade a ele ter sido conferida pelo Supremo Tribunal Federal que, ao menos ao que me consta, ainda não distribui competências normativas, em lugar da Constituição.** (BRASIL, 2008a, Voto Min. Eros Grau, p. 130-132) (grifo nosso)

Pautado em reconhecer a falta de atribuição legislativa conferida ao TSE pela Constituição, o Ministro expurga a possibilidade do STF distribuir competência legislativa em detrimento da Constituição, o que teria acontecido ao sugerir que a Corte Eleitoral poderia editar resolução para instrumentalizar a perda do mandato quando da ocorrência da infidelidade partidária, bem como o procedimento para aferir a justa causa de desfiliação. Pugna que o respeito à norma legal,

principalmente à Constituição Federal foi descumprida, ao passo que tentou-se revestir órgão judiciário de poderes legislativos atípicos.

Intentando pela multiplicidade de inconstitucionalidades, prossegue:

7. Essa resolução é multiplamente inconstitucional. No seu todo, porque não incumbe ao TSE dispor normas senão tendo em vista a execução do Código Eleitoral e da legislação eleitoral, que nada dispuseram no que tange a perda de cargo eletivo em razão de infidelidade partidária. A inconstitucionalidade da Resolução nº. 22.610/07 é, neste ponto, retumbante. Mas não é só, visto que ela avança sobre áreas normativas expressamente atribuídas, pela Constituição, à lei. Áreas da chamada reserva da lei.

8. O artigo 1º dispõe sobre perda de cargo eletivo, no caso de desfiliação partidária, admitindo-a quando houver “justa-cause”. Matéria inquestionavelmente de lei (arts. 22, I e 48 da CB). Ninguém perderá mandato eletivo, direito, senão em virtude de lei; é assim que leio a Constituição, ainda que me venham a chamar de positivista.

9. O artigo 1º distribui competências entre o próprio TSE e Tribunais Regionais Eleitorais, matéria que o artigo 121 da Constituição reserva a lei complementar.

10. Os artigos 3º ao 9º e 11 consubstanciam inovação em direito processual, matéria em relação à qual não nem mesmo se admite medida provisória. Nem mesmo medida provisória, repito.

11. E o § 2º do artigo 1º inova as atribuições do Ministério Público, matéria reservada pelo §5º do artigo 128 da Constituição do Brasil e a lei complementar federal e, no plano dos Estados-membros, a leis complementares estaduais. **Trata-se mesmo de uma coisa nunca vista: a Resolução nº. 22.610/07, do TSE, é incessantemente inconstitucional; há um excesso, um abuso de inconstitucionalidade nela. Não podemos servir a dois senhores. Quanto a mim, presto acatamento à Constituição.** (BRASIL, 2008, Voto Min. Eros Grau, p. 133-134) (grifo nosso)

Destarte, o Ministro Eros Grau indica várias inconstitucionalidades, inclusive aquelas irregularidades por ora ressaltadas pelo Ministro Joaquim Barbosa, mas não declina seu entendimento.

Por sua vez, acompanhando a divergência do Ministro Eros Grau, o Ministro Marco Aurélio também posicionou-se contrariamente ao decidido pela maioria da Corte.

Logo quando da análise da preliminar, o Ministro Marco Aurélio apontou sua divergência, entendendo pelo não conhecimento da ação, justificando que o ato não desafia o controle concentrado de constitucionalidade, por não entendê-lo como

norma abstrata autônoma⁴¹. Assim, para ele a Ação Direita de Inconstitucionalidade sequer deveria ter o mérito apreciado.

Mas vencido em sua primeira análise, já ao proferir seu voto concernente ao mérito, reconheceu que equivocou-se na análise preliminar, ante à revelação feita por seus pares que órgão do Poder Judiciário teria efetivamente legislado. Veja-se:

Devo, então, ter presente – e vi que vários colegas confirmaram esta premissa – que o Tribunal Superior Eleitoral legislou. E até aqui só reconheço poder normativo à Justiça do Trabalho, considerado o que se contém, em relação a conflitos coletivos de interesse, no artigo 114 da Constituição Federal. E a reafirmação de que o Tribunal Superior Eleitoral legislou está em colar-se ao pronunciamento do Supremo uma condição resolutive que, vindo à balha, tornará insubsistente o que disciplinado no campo substancial – vou proceder à análise da Resolução – e no campo instrumental pelo Tribunal Superior Eleitoral. Teria o Tribunal Superior Eleitoral como que julgado um mandado de injunção, ante a lacuna legislativa notada, que, ao fim, a teor do dispositivo em alínea que está no artigo 102 da Constituição Federal, seria da competência do Supremo e não do Tribunal Superior Eleitoral, porque a omissão quanto à disciplina da matéria seria do Congresso Nacional. (BRASIL, 2008a, Voto Min. Marco Aurélio, p. 145-146) (grifo nosso)

Mas, antes que se adentre às razões quanto ao mérito, vale lembrar, pois já destacado anteriormente, que o Ministro Marco Aurélio era membro do TSE à época em que Consulta nº. 1.398/DF e manifestou-se favorável, ou seja, concordando com manutenção do cargo pelo partido e não pelo trânsfuga. Porém, destacou que tratava-se, em verdade, do reconhecimento do princípio da fidelidade partidária, não exatamente da edição das resoluções que foram consequência daquele reconhecimento. Destaca:

Não costumo excomungar filho feio. Participei da deliberação do Tribunal Superior Eleitoral e somei voto à visão de Vossa Excelência – ministro Cezar Peluso –, no que relator do processo que desaguou na expedição das Resoluções ou da Resolução alusiva à matéria. A fidelidade partidária não está em jogo, não está em discussão, consideradas as balizas objetivas do processo em julgamento. É um princípio constitucional que já foi reconhecido pelo Supremo, sustentei-o neste Plenário. (BRASIL, 2008, Voto Ministro Marco Aurélio, p. 144)

⁴¹ Ou seja, norma que regula de forma geral um conteúdo e inova no ordenamento jurídico. Cf. TAVARES, 2012; ALEXANDRINO, NETO, 2007.

Defende que ao votar positivamente à consulta estava convencido não adentrar em seara legislativa, mas, como visto, redime seu posicionamento para reconhecer que, como afirmado pelos outros Ministros, sejam os que proferiram voto à favor ou contra a constitucionalidade das resoluções, o TSE legislou.

Afirma tal reconhecimento ao apontar que as normas editadas pela Corte Eleitoral adentram à substância do direito e do processo para perda do mandato:

O Tribunal Superior Eleitoral adentrou o campo do direito substancial para revelar situações concretas em que se teria o abandono do partido que capitaneou a eleição do candidato, o abandono pelo candidato eleito, como justificado, como legítimo. E, aqui, realmente se trata de direito substancial.

Em preceito seguinte, **a Resolução versa processo**, porque condição da ação diz respeito a processo e não a procedimento. A resolução indica aqueles legitimados para adentrarem o campo jurisdicional e reclamarem a declaração, em decisão constitutiva negativa, de perda do cargo. Seguem-se outros preceitos, e tem-se o alusivo à competência, no que se definiu como da competência do Tribunal Superior Eleitoral o processo a envolver pedido de decretação de perda de mandato, de mandato federal, pouco importando o patamar, já que, a rigor, o Tribunal Superior Eleitoral atua no campo da competência originária quanto aos mandatos maiores do Executivo Federal. (BRASIL, 2008, Voto Ministro Marco Aurélio, p. 147-148) (grifo nosso)

Afirma em nova oportunidade que o TSE invadiu campo legislativo:

Presidente, já agora, partido do que aponto como vontade formal – e a verdade formal é aquela revelada pelo Supremo, guardião maior da Constituição, que tem a última palavra sobre o alcance da Carta -, **constato como premissa inafastável – voz da ilustrada maioria – que o Tribunal Superior Eleitoral legislou**. Estabeleço sem me penitenciar, porque continuo convencido de que ele não o fez, mas a verdade formal assentada pelo Supremo é outra, a de que legislou. O Supremo caminha para o reconhecimento de que a Corte Eleitoral legislou ao acondicionar a própria decisão dele, Supremo, à ausência de normatização pelo Poder competente – o Congresso Nacional. (BRASIL, 2008, Voto Ministro Marco Aurélio, p. 148-149) (grifo nosso)

Conclui reconhecendo o princípio da fidelidade partidária e acompanhando o voto do Ministro Eros Grau, o qual entendeu pela procedência da ação, em vista da inconstitucionalidade existente:

Peço vênia, Presidente – e não me interpretem de forma errônea, continuo convencido de que a fidelidade partidária é um princípio constitucional dos mais caros em uma democracia –, para divergir, sem ser insubordinado à noção de Colegiado, por entender que, neste, prevalece o somatório de forças distintas, cada qual vota segundo a própria ciência e consciência possuídas. Peço vênia e não devo merecer a crítica dos meus colegas que tanto elogiaram o relator, para divergir e acompanhar o ministro Eros Grau no voto proferido. (BRASIL, 2008, Voto Ministro Marco Aurélio, p. 149)

Desta forma, embora dois tenham sido os votos dissidentes, a maioria entendeu pela constitucionalidade das resoluções, prevalecendo a normatividade editada pelo TSE. A par disso, discorre-se no próximo tópico os atritos observados no case, de acordo com as hipóteses levantadas para este estudo.

4.1.5. Colhendo tensões

Vale destacar que este estudo não tem o intuito de declarar acertos ou desacertos de posicionamentos judiciais. Talvez até o faça em entrelinhas (o que deve ser compreendido como a opinião desta pesquisadora e não crítica à decisão proferida), mas o objetivo é revelar possíveis tensões verificáveis nos casos em análise. Mencionadas tensões tiveram as hipóteses deste estudo construídas com base nos pressupostos teóricos revelados nos capítulos 2 e 3, vindo a somar nesta análise e às quais pode-se remeter o leitor.

Este primeiro case é revelado em controle concentrado de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. Trata de assunto atinente à política por excelência: eleitoral. Como visto, a temática se desenvolve no que concerne ao âmago do próprio processo eleitoral, desaguando em consequências como a perda de mandato por desfiliação partidária injustificada.

Em um primeiro momento, verificando os parâmetros de autocontenção aplicáveis ao caso para diminuir a intensidade da possível dificuldade contramajoritária, revela-se um desnivelamento com relação ao critério de consideração ao grau de legitimidade democrática do ato normativo, relacionado ao grau democrático em que a norma foi elaborada, ou seja, como perpassou pelo processo deliberativo no seio social. Esse desequilíbrio em relação ao parâmetro de autocontenção judicial se mostra pelo fato da norma – quais sejam as Resoluções

nº. 22.610/2007 e 22.733/2008, expedidas pelo Tribunal Superior Eleitoral – ter sido elaborada por órgão do próprio Poder Judiciário, não tendo o viés discursivo no âmbito social.

Como restou reconhecido pela maioria dos ministros, as Resoluções impugnadas por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade tratam-se efetivamente de normas gerais e abstratas, aptas a reger o processo de perda de mandato por infidelidade partidária injustificada. Com o reconhecimento das Resoluções constituir-se-iam em normas que efetivamente regulamentam nuance do processo eleitoral, são atribuídas a elas uma presunção de legitimidade, mas, conforme o parâmetro de autocontenção em apreço, a intensidade dessa presunção é baixa, haja vista que a norma foi editada por autoridades não eleitas, sequer debatidas em âmbito parlamentar para sua elaboração.

A normatização impugnada na ADI 3.999 – e, conjuntamente, na ADI 4.086 – foi elaborada após consulta ao TSE para saber, de modo geral, sobre o pertencimento da vaga obtida pelo partido no sistema eleitoral proporcional quando do cancelamento ou desfiliação partidária. A Consulta afirmou o pertencimento ao partido político em detrimento do candidato escolhido pelo voto direto dos eleitores. Ademais, após várias discussões levadas ao Supremo Tribunal Federal, este se manifestou no sentido de que não haveria empecilhos para que o TSE editasse resolução para regulamentar o processo para averiguação da infidelidade partidária, visando garantir direito de defesa e devido processo legal, com possibilidades de justificar a desfiliação, conseguindo o candidato eleito permanecer em vaga conseguida pelo partido de sua legenda original.

Nesse teor, o TSE editou as Resoluções, mas calcado em decisão proferida pelo próprio STF. Mas, mencionada norma foi elaborada em âmbito judiciário, não havendo debate, nem mesmo como ponderar o grau de consenso que a norma tenha conseguido aglutinar em sua elaboração. No parâmetro proposto por Neto e Sarmiento, que são aplicáveis à realidade brasileira, ao se analisar, como os próprios autores nominam, o *pedigree* (NETO; SARMENTO, 2012, p. 151) democrático de um ato normativo, deve-se aferir até mesmo a existência de participação popular na confecção da norma, o que a tornaria com um alto grau de presunção de constitucionalidade.

De fato, o que se verifica no caso em apreço, trata-se de norma não sujeitada ao debate parlamentar, sequer popular. Nessa toada, estaria embrincada de baixo

grau de presunção de constitucionalidade. Tal circunstância é indicativa de uma alta recomendação de autocontenção pelo Poder Judiciário. Assim, constata-se que o parâmetro não foi observado na decisão final, embora tenha sido alvo de debate.

Tanto foi debatido o caráter legitimador da norma que o Ministro Relator Joaquim Barbosa, cujo voto no acórdão configurou verdadeiro eixo matriz para estabelecimento do entendimento a ser firmado pela Corte, reconheceu que as hipóteses tendentes a resultar na perda do cargo eletivo devem ser tratadas por órgãos de representação popular, configurando responsabilidade do legislador típico. Mesmo assim, também apontou a existência de uma crise de representatividade quando se refere ao partido, atribuindo importância à relação eleito e eleitor, mesmo que em um sistema eleitoral proporcional, em que se tem peso o voto na legenda.

Mas a preocupação se assentou na falta de previsão para regulamentação da problemática do intenso vai e vem de candidatos entre partidos, desprezando o caráter ideológico que pretende ser formado ou de uma identidade típica entre candidatos e partidos. Com o silêncio do Legislativo e ante o reconhecimento pelo STF que a vaga é pertencente ao partido, a inquietação da relação política permaneceria sem resposta.

Nesse raciocínio, o que fez com importante ponderação, o Ministro Joaquim Barbosa considera a temporariedade uma elementar essencial para resolução da demanda.

Passa, com esse entendimento, a pesar favoráveis dois critérios discutidos no âmbito da autocontenção. O primeiro é relacionado ao critério responsável por ser um limite ao limitador, ou seja, um limite ou caminho inverso da própria autocontenção. Trata-se da atuação ativa do Poder Judiciário para proteger o processamento da própria democracia.

Por esse aspecto, deve ser verificado os pressupostos para funcionamento do processo democrático. Assim, como assentado no julgado, reconheceu-se como princípio inculcado pela essência constitucional a fidelidade partidária e, com isso, que tal deve ser protegida para garantir a condição democrática do sistema eleitoral proporcional acolhido pela Constituição.

Essa proteção enseja uma atuação ativa pelo Judiciário, o que, de fato, se verifica no acórdão, embora existam alguns dissensos.

Outro aspecto favorável está no critério referente à inconsistência temporal, numa interpretação mais ampla. O valor a ser considerado aqui a longo prazo está

justamente inculcado no princípio de fidelidade reconhecido pelo STF. Com tal reconhecimento, visando o não retrocesso, a Corte pretende regulamentar questão geradora de inúmeras demandas judiciais, relativas ao processo eleitoral. A normatividade aprovada, mesmo que sob um caráter temporário, conota a proteção de uma lógica reconhecida no âmbito do processo eleitoral, como um fator principiológico inerente à deliberação, com efeitos imediatos no quadro de representação política do país. Por este fato, a posição institucional dos ministros, que não dependem de eleições para permanecer no cargo, tende a retirar certa pressão majoritária, facilitando o desempenho da proteção de garantias geradas pelo próprio processo eleitoral e reconhecidos pela Corte como questões de importância ao próprio desenvolvimento das etapas eleitorais.

Nessa toada, o acórdão, em sua decisão final, aponta para a aplicação de parâmetros inversos à autocontenção, isto é, em critérios que ao invés de motivar uma inibição judicial, propagam uma postura ativista e a judicialização da política considerada em seu processo de funcionamento.

Conforme registrado em nota de rodapé, o projeto de lei em trâmite no Congresso Nacional ao qual fez referência o Ministro Joaquim Barbosa (PLC 35/2007), foi arquivado em março de 2015, no Senado Federal. Assim, até o momento de conclusão dessa pesquisa, não houve edição de norma pelo Congresso Nacional apto a reger a matéria. Portanto, continua vigente e em aplicabilidade as Resoluções impugnadas na ADI 3.999.

Outro fator relevante foi apontado por Amandito Teixeira Nunes Júnior, em pesquisa realizada em pós-doutorado, na qual apontou o comedimento, ou como chamou, uma “frenagem nas intensas trocas de partidos” (2016, p. 90) após as decisões do STF. Com isso, Nunes Júnior indica três efeitos: (i) “reaproximação entre o sistema partidário e o sistema eleitoral”, o que implica uma maior representatividade do sistema político em vista de evitar a fragmentação das bancadas (2016, p. 90); (ii) reforço à identidade partidária e (iii) grande incidência de justa causa para troca de partido (2016, p. 91).

Deste modo, verifica-se que a temporariedade considerada pelos ministros ainda é fluente, pois não houve atuação efetiva, com publicação de lei em sentido estrito pelo Legislativo para regulamentar a matéria.

Por assim dizer, há indícios que corroboram a premissa de Hirschl, exposta no capítulo 1, segundo o qual há um “desvio de culpas” na judicialização da política,

uma estratégia de “transferência de ‘batatas-quentes’ políticas para os tribunais oferece[ndo] um abrigo conveniente aos políticos” (2012, p. 48).

Ademais, depreende-se uma lógica de democracia substancial no resultado da demanda analisada. Mas há uma perspectiva de dupla face, ao passo que mesmo se reconhecendo o Poder Judiciário como árbitro que interfere apenas para garantir o processo democrático, se reconhece legítima uma atuação normativa, propagada por órgão do próprio judiciário, para fazer valer lógica colegial ou de entendimentos já assentados, visando a persistência e coerência dos posicionamentos emanados pela Corte.

Recorda-se assim, do romance em cadeia utilizado por Dworkin, uma vez que a história, mesmo contada por um novo autor, deve seguir um enredo coerente, sem surpresas. Para melhor explicitar, veja-se que mesmo reconhecendo que o Judiciário, por meio do TSE, legislou, e ainda ancorado por decisão proferida pelo STF, a qual reconheceu como princípio a fidelidade partidária, os ministros optaram pela manutenção da norma, pelo menos até que o poder competente edite ato legal estrito. Desse modo, mesmo reconhecendo o “dever” de entendimento de uma democracia procedimental pelo Judiciário, o que se revela é a preponderância de uma democracia substancial.

Essa dupla faceta é vista com intensidade no voto do Relator, Ministro Joaquim Barbosa, que foi eixo para o julgamento da maioria dos ministros. Em um primeiro momento, antes de declinar entendimento pessoal, o Ministro reconhece que a temática é de cunho político e deveria ser discutida no âmbito legislativo. Assim, se esse fosse o entendimento preponderante, estar-se-ia considerando que o procedimento constitucional orienta no sentido que a norma seja gerada no legislativo, havendo o debate político, resultando no Habermas chamou de sentir-se autor e destinatário da norma. Nessa toada, nas normas substantivas não deveriam ter intervenção pelo Judiciário, mas apenas o procedimento.

Mas o que se assiste é a preocupação da omissão legislativa, buscando-se uma resposta para garantir direito substancial (reconhecido pelo STF, qual seja a fidelidade partidária). Argumentos de princípio, assim, são utilizados, embora se veja que estão “mascarados” por uma forte questão política. São empregadas argumentações de princípio ao passo que se quer assegurar o devido processo legal para análise da possibilidade de perda de mandato pela infidelidade partidária, reconhecendo que o sistema eleitoral proporcional apregoa como alicerce a

fidelidade. E a grande questão a que chegam é como dar efetividade ao reconhecimento de direitos e princípios se não há regulamentação para tanto. Essa é uma grande tensão que se revela no acórdão, pois põem em enfrentamento as chamadas condições democráticas reconhecidas em âmbito eleitoral proporcional (como o princípio da fidelidade e o pertencimento do mandato ao partido) e a regulamentação por órgão contramajoritário – em uma perceptível usurpação de competência, que infringe a separação dos poderes.

Percebe-se, outrossim, a perseguição pelo sentido de direito comunal e como integridade, nos moldes teóricos relatados por Dworkin, em vista de atualizar permanentemente sentidos constitucionais, projetando decisões jurídicas para o futuro, até que novo direito seja criado pelo Legislativo.

Por tudo isso, se colhe dos pressupostos teóricos que constroem as hipóteses deste estudo que este primeiro *case* reveste-se, preponderantemente, de uma concepção substancial da democracia. Essa concepção abre espaço para atuação ativa pelo Judiciário, o que, com efeito, se efetua no julgado. A tensão gerada se revela no bojo das argumentações expendidas pelos Ministros, configurando-se a presença de um impulso neoconstitucionalista, buscando dar efetividade a princípios e valores substancialmente imbrincados na Constituição, ainda que não expressos, mas reconhecidos pela cúpula do Judiciário, o qual a Carta Magna elegeu como seu guardião, bem como o conflito com valores estabelecidos democraticamente, principalmente no que atine à divisão de competências entre os poderes.

Portanto, para fins deste estudo, com uma análise empírica, afirma-se a existência da tensão entre neoconstitucionalismo e democracia, prevalecendo uma concepção substancial da democracia no *case* concernente à fidelidade partidária, decidida pelo STF no ano de 2008. Assim, com a argumentação de princípio e a pretensão de efeito prospectivo, a fim de antever conjunção futura (a não edição de norma), este estudo verifica a existência de tensão da atuação jurisdicional, calcada em uma teoria substancial da democracia e enredada pelo neoconstitucionalismo em face de preceitos clássicos da própria democracia. É um paradoxo e apresenta-se como aplicável ao *case* a hipótese I proposta para este estudo, ao passo que se verifica a existência de tensão em relação a preceitos democráticos.

Prossegue-se a seguir para verificar os julgados colhidos para o presente trabalho, referentes aos anos de 2009 e 2010.

4.2. Case Demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol

O julgado deste case corresponde a um acórdão de 724 folhas. Trata-se de um julgamento emblemático e extenso, dada a complexidade do tema. Assim, justifique-se que este estudo prezou por uma análise cuidadosa, visando apontar os posicionamentos e tensões encontradas. Conquanto seja mais longa a discussão que se verá a seguir, adiante-se que este estudo procurou trazer criteriosamente os aspectos mais importantes para as revelações inicialmente objetivadas. Esclarecido este ponto, inicia-se a trajetória da análise da demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol

A Constituição de 1988 realmente inaugurou uma era de reconhecimento de direitos. Já no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o artigo 67 determinou a conclusão da demarcação de terras indígenas, pela União, em 05 (cinco) anos, a contar da promulgação da Constituição⁴². Porém, ultrapassado o período estipulado pela Constituição, nada se alterou no cenário de demarcação, vindo a ser editado o Decreto nº. 1.775 só em 1996, prevendo os procedimentos para demarcação de terra indígena.

Todavia, a persecução da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol teve início em 1977, quando a Fundação Nacional do Índio (FUNAI) constituiu o primeiro grupo de trabalho para realizar a demarcação (MOTA; GALAFASSI, 2009).

Após longas discussões administrativas e judiciais, somente em 1993 (já em vigor a Constituição Federal de 1988), a FUNAI apresentou laudo antropológico e estudo conclusivo para identificação das terras (SILVEIRA, 2015).

Mas em 1996 foi editado o Decreto Federal nº. 1.775, revogando os Decretos nºs. 22/1991 e 608/1992, que regulamentavam a matéria referente à demarcação. Esse novo decreto alterou o procedimento, principalmente alargando o contraditório e a ampla defesa no processo demarcatório, indicando necessidade de oitiva de partes interessadas (o que alargava o interstício de tempo do processo demarcatório, haja vista a falta de limitações para definição de interessados).

⁴²Redação do dispositivo legal: “Art. 67. A União concluirá a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição”.

Mencionado decreto, então, no caso da Raposa Serra do Sol, acabou realizando a reinauguração de prazos para que interessados se manifestassem, o que acarretou a apresentação 46 contestações. Ao analisar as defesas, a FUNAI julgou todas improcedentes, fundamentando que o procedimento demarcatório se deu com base no Decreto nº. 22/1992, vigente à época dos atos administrativos (MOTA; GALAFASSI, 2009).

Por sua vez, o Ministério da Justiça publicou sua decisão pelo Despacho nº. 80/96, acompanhando a FUNAI, rejeitando as contestações. Entendeu necessário a demarcação contínua, mas arguiu a necessidade de ajustes na proposta de demarcação da FUNAI, como a manutenção de áreas de ocupação pública, constituídas por sedes de municípios e vias, defendendo a livre circulação em estradas e vias públicas (MOTA; GALAFASSI, 2009).

Carolina Mota e Bianca Galafassi apontam como principais ajustes estabelecidos no Despacho nº. 80/96:

Em síntese, o Despacho n. 080/96 estabeleceu, em relação à demarcação anteriormente proposta: (i) a exclusão das propriedades privadas tituladas pelo INCRA, a partir de 1982, bem como a Fazenda denominada “Guanabara”, da área da terra indígena; (ii) a exclusão da sede municipal do recém criado município de Uiramutã e das vilas de Surumu, Água Fria, Socó e Mutum, da área da terra indígena; e (iii) a vedação do uso exclusivo pelos indígenas das vias públicas e respectivas faixas de domínio público existentes dentro da área delimitada. (MOTA; GALAFASSI, 2009, p. 28)

O mencionado despacho foi criticado, pois acabaria por efetuar a demarcação em ilhas, diferentemente da decisão apontada na identificação da área, realizada por especialistas. Além disso, a decisão ensejaria invasões e ocupações ilegais (MOTA; GALAFASSI, 2009, p. 29).

Com a pressão exercida pelos movimentos indígenas, em 1998, o Ministro da Justiça, naquele momento representado pela pessoa de Renan Calheiros, expediu nova decisão, revogando o Despacho nº. 80/96, substituindo-o pelo despacho nº. 50/98, decidindo pela publicação da portaria declaratória da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, determinando que as questões controvertidas fossem ressaltadas para solução posterior. Dessa feita, em 11 de dezembro de 1998, editou a Portaria nº. 820 declarando a posse permanente dos povos indígenas, com extensão contínua de 1,67 milhão de hectares, excluindo da demarcação, a sede do município de

Uiramutã e as instalações do 6º Pelotão Especial de Fronteiras (MOTA; GALAFASSI, 2009, p. 30).

O Governo do Estado de Roraima impetrou Mandado de Segurança junto ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) visando a anulação da Portaria nº. 820/98, mas o Tribunal, em pauta de julgamento de 27 de novembro de 2002, negou o pedido pleiteado⁴³.

Nesse interim várias demandas foram ajuizadas e, em 2004, ante o conflito federativo, o STF acolheu a Reclamação nº. 2.833, suspendendo as medidas judiciais em curso, o que permitiu a homologação da demarcação. Além disso, reconheceu a sua competência jurisdicional para julgar demandas judiciais oriundas da disputa pela terra indígena. Restou assim ementada a decisão:

RECLAMAÇÃO. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA. PROCESSOS JUDICIAIS QUE IMPUGNAM A PORTARIA Nº 820/98, DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. ATO NORMATIVO QUE DEMARCOU A RESERVA INDÍGENA DENOMINADA RAPOSA SERRA DO SOL, NO ESTADO DE RORAIMA. - Caso em que resta evidenciada a existência de litígio federativo em gravidade suficiente para atrair a competência desta Corte de Justiça (alínea "f" do inciso I do art. 102 da Lei Maior). - Cabe ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar ação popular em que os respectivos autores, com pretensão de resguardar o patrimônio público roraimense, postulam a declaração da invalidade da Portaria nº 820/98, do Ministério da Justiça. Também incumbe a esta Casa de Justiça apreciar todos os feitos processuais intimamente relacionados com a demarcação da referida reserva indígena. - Reclamação procedente. (BRASIL, 2005, Relator Min. Carlos Ayres Britto, Tribunal Pleno)

Logo, em 13 de abril de 2005, o Ministro da Justiça, à época, Márcio Thomaz Bastos, editou a Portaria nº. 534, declarando a demarcação. O Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, por sua vez, com o Decreto de 15 de abril de 2005, homologou a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, com uma superfície total de 1.747.464 hectares⁴⁴.

Todavia, apenas 05 dias após à homologação, foi proposta a Ação Popular nº. 3.388 em face da União, em trâmite perante o STF, pelo Senador Augusto Affonso

⁴³Cf. acórdão disponível no Mandado de Segurança nº. 1999/0016885-2. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=199900168852&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em set. 2016.

⁴⁴Cf. legislação disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Dnn/Dnn10495.htm>. Acesso em set. 2016.

Botelho Neto, requerendo, especialmente, a declaração de nulidade da Portaria nº. 534, em vista de sua inconstitucionalidade.

Veja-se que a discussão em tela não se dá diante do controle de constitucionalidade em caráter concentrado, mas sim pela via de competência ordinária do STF. Essa compreensão é importante para verificar uma pretensão deste estudo: demonstrar que o ativismo judicial e a judicialização da política não ocorrem somente em via própria – com as ações adequadas para arguir a inconstitucionalidade de uma norma.

Adiante-se que a ação foi julgada parcialmente procedente, com o complemento de salvaguardas, restando o julgamento ementado conforme documento apenso ao presente estudo.

No entanto, referidas salvaguardas trouxeram nova reflexão ao modo de decidir, além dos apontamentos de judicialização e tensões constatadas a seguir.

4.2.1. Voto do Relator na Petição nº. 3.388/RR

O voto do Relator, Ministro Carlos Ayres Britto, foi acompanhado pela maioria, acrescido de salvaguardas⁴⁵ instituídas no voto do Ministro Menezes Direito. Assim, urge necessário realizar um cotejo dessas decisões, compreendendo o que foi decidido, com o fito de evidenciar as tensões provenientes deste debate.

Assim, no longo voto do Relator, há um apanhado de temas suscitados para a construção de seu pensamento, sendo que são destacados a seguir os aspectos mais importantes para essa pesquisa.

4.2.1.1. Questões Preliminares⁴⁶

Após a instrução do feito (momento de produção de provas), se apresentaram aos autos requerendo admissão à lide, a FUNAI, o Estado de Roraima, Lawrence

⁴⁵As salvaguardas constituíram diretrizes ou limitações para os processos demarcatórios no país.

⁴⁶Designam questões processuais que devem ser decididas antes do mérito (matéria) da causa. Cf. DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. Vol.1. Salvador: Juspodivm, 2014.

Manly Harte e outros⁴⁷, bem como as Comunidades Indígenas Barro, Maturuca, Jawari, Tamanduá, Jacarezinho, Manalai e Socó. Ao verificar que os pedidos foram retardatários, o Ministro Relator manifestou-se no acolhimento de tais interessados como assistentes⁴⁸ e não como partes, como pleiteavam, manuseando o processo no estado em que se encontra.

Referido posicionamento, além de jurídico, também foi calcado na necessidade de resposta que o feito demandava, se manifestando o Relator Carlos Ayres Britto no seguinte sentido:

Até para evitar desnecessário alongamento no perfil instrutório de uma causa que, torno a dizer, pela sua patente **repercussão político-social e elevada estatura constitucional**, está a exigir pronta resposta decisória desta nossa Corte Maior de Justiça. (BRASIL, 2009, Voto Questão Preliminar, Min. Rel. Carlos Ayres Britto, p. 345) (grifo nosso)

Assim, acolheu o ingresso dos requerentes na lide, na qualidade de assistentes, sendo (i) o Estado de Roraima e Lawrence Manly Harte e outros (pessoas físicas e jurídicas), na condição de assistentes do autor da demanda, e (ii) a FUNAI, a Comunidade Indígena Socó, Barro, Maturuca, Jawari, Tamanduá, Jacarezinho e Manalai na condição de assistentes da União.

Os ministros da Corte, por unanimidade, acataram as fundamentações do Relator no que atine às questões preliminares, acolhendo o ingresso no feito desses requerentes, apenas como assistentes.

4.2.1.2. Mérito – Ainda do voto do Relator Min. Carlos Ayres Britto

Resolvida a questão de ordem (questões preliminares), o Relator passou a fundamentar o mérito de seu voto. Nesse bojo, fez um aplainado de julgados

⁴⁷Tratam-se de proprietários de terras atingidos pelas demarcação. São: Olga Silva Fortes, Raimundo de Jesus Cardoso Sobrinho, Ivaloir Centenaro, Nelson Massami Itikawa, Genor Luiz Faccio, Luiz Afonso Faccio, Paulo Cezar Justo Quartiere Itikawa Indústria e Comércio Ltda., Adolfo Esbell, Domicio de Souza Cruz, Ernesto Francisco Hart, Jaqueline Magalhães Lima, e do espólio de Joaquim Ribeiro Peres (BRASIL, 2009, p. 345).

⁴⁸Terceiro que ingressa na demanda afirmando ser titular da relação jurídica discutida, mas do qual o objeto litigioso não lhe diz respeito diretamente. Permanece no feito para auxiliar a parte (autora ou ré) nas teses defensivas, conferindo ampla defesa e contraditório. Cf. DIDIER JUNIOR, op cit, p. 375-376.

referentes à matéria, bem como julgados precedentes e indicou buscar na própria Constituição, com o máximo de objetividade, “as próprias coordenadas da demarcação de toda e qualquer terra indígena em nosso País” (BRASIL, 2009, p. 262). Tem-se, assim, desde já o intuito de abarcar o futuro das possíveis demarcações de terra indígenas que possam vir a ser ou estão sendo processadas no país.

O ministro invocou diversas argumentações para construir seu voto e, como se verá adiante, também foram abordagens realizadas pelos demais. Assim, para facilitar a compreensão, subdivide-se o voto do Ministro Relator em três partes: (i) definições sobre o índio e a terra indígena, (ii) competência da União para demarcação, (iii) modelo de demarcação. Dessa forma, desde já deixa-se claro quais os enredos seguirão os ministros, pois igualmente farão menção a tais tópicos.

4.2.1.2.a. Definições sobre o índio e a terra indígena

O Ministro ressalta que a Constituição Federal, ao consignar um capítulo inteiro para os índios, embutido no título “Ordem Social”, tem “o mais decidido intuito de favorecê-los” (BRASIL, 2009, p. 262). Com referência a esse reconhecimento pela Constituição aos índios, o Ministro Carlos Ayres Britto destaca que a palavra vem no plural (índios), traduzindo o coletivo de índio, usado assim “para exprimir a diferenciação dos nossos aborígenes por numerosas etnias” (BRASIL, 2009, p. 266).

Também descreve o Ministro que os índios constituem “parte essencial da realidade política e cultural brasileira”, sendo partes integrantes e “formadores de uma só realidade política e cultural: a realidade da nação brasileira” (BRASIL, 2009, p. 267-268). E dessa forma, indica que os índios possuem “qualificação de pessoas naturais brasileiras” (BRASIL, 2009, p. 269).

Com tal reconhecimento, o Ministro assevera que todas as terras indígenas remetidas na Constituição “fazem parte de um território estatal-brasileiro sobre o qual incide, com exclusividade, o Direito nacional”, apontando que “todas elas são um bem ou propriedade física da União” (BRASIL, 2009, p. 270), nos moldes do artigo 20 do mesmo Diploma. Sendo assim, pontua:

Assente, pois, que **terras indígenas se inscrevem entre os bens da União, e, nessa medida, são constitutivas de um patrimônio cuja titularidade não é partilhada com nenhum outro sujeito jurídico**, seja de direito público interno, seja de direito público externo, **nem por isso os índios nelas permanentemente situados deixam de manter vínculos jurídicos com os Estados e Municípios que as envolvam**. Como sucede, aliás, com toda população radicada no território brasileiro, a entretecer com a União e os nossos Estados e Municípios (além do Distrito Federal, conforme o caso) relações jurídicas tanto de proteção como de controle, notadamente nos setores da saúde, educação, meio ambiente e segurança pública, aqui embutidas as atividades de defesa civil. (BRASIL, 2009, Voto Min. Rel. Carlos Ayres Brito, p. 272) (grifo nosso)

Ademais, sustenta que “nenhuma terra indígena se eleva ao patamar de pessoa político-geográfica”, isto porque o regramento localiza-se na Constituição sob o título “Ordem Social” e não da “Organização do Estado” (BRASIL, 2009, p. 272). Portanto, o Ministro categoriza terra indígena em jurídico-constitucional, abstraindo qualquer caráter de instituição ou ente federado.

O Ministro Relator aduz em seu voto que a demarcação de terra indígena deve ficar sob o controle da União, podendo haver complementariedade de atuação pelo Estado e Municípios, mas sempre sob a liderança da União. Assevera que isso se dá, além da normatização esposada pela Constituição (artigos 231 e 232), também “pelo fato histórico de que Estados e Municípios costumam ver as áreas indígenas como desvantajosa mutilação de seus territórios, subtração do seu patrimônio” e como um óbice para “expansão do setor primário, extrativista vegetal e minerário de sua economia” (BRASIL, 2009, p. 273).

Sob o entendimento de que Estados e Municípios mais discriminam do que protegem as populações indígenas, destaca:

É nesse panorama histórico-normativo que toma vulto a competência constitucional da União para demarcar, proteger e fazer respeitar todos os bens situados nas terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas (cabeça do art. 231), pois se trata de competência a ser exercitada **também contra os Estados e Municípios, se necessário**. Não só contra os não-índios. (BRASIL, 2009, Voto Min. Rel. Carlos Ayres Brito, p. 274) (grifo do autor)

Assim, afirma que a experiência Constitucional direciona para a presença dos entes federados na terra indígena, mas sempre sob a liderança da União. Além de

afastar a categorização como ente federativo, aponta a peculiaridade da categoria jurídica da terra indígena ao também diferenciá-la de território. Esclarece:

Sem dúvida que se trata de uma diferenciação fundamental – essa entre terras indígenas e território -, pois somente o território é que se põe como o preciso âmbito espacial de incidência de uma dada Ordem Jurídica soberana, ou, então, autônoma (Kelsen, sempre ele). O lócus por excelência das primárias relações entre governantes e governados, **que são relações de natureza política**. E cujas linhas demarcatórias são fixadas por modo irrestritamente contínuo, pois no seu interior: a) circulam com todo desembaraço (essa é a regra) pessoas naturais e todo e qualquer dos grupos étnicos formadores do povo brasileiro; b) são instalados equipamentos e construídas vias de comunicação que propiciam aquele mais desembaraçado trânsito de pessoas e de bens. (BRASIL, 2009, Voto Min. Rel. Carlos Ayres Britto, p. 277) (grifo do autor)

Realizando essa diferenciação, considera que terra indígena se coaduna muito mais como “nitidamente sócio-cultural” do que política. Por isso afirma que “grupos, organizações, populações ou comunidades indígenas” não constituem pessoa federativa (BRASIL, 2009, p. 278). Nessa esteira, entende que não comporta livre circulação de pessoas nas terras indígenas. Afasta também o caráter de propriedade privada, ressaltando mais uma vez que terra indígena não é território político, nem propriedade (BRASIL, 2009).

Por esses aspectos, pode-se afirmar que o Ministro Relator desenvolve o raciocínio segundo o parâmetro de proteção de autocontenção de minorias estigmatizadas, conforme exposto no capítulo 3 com o auxílio da teoria de Sarmento e Neto. Monta seu raciocínio sob a necessidade que tais minorias reclamam a presença da União em suas terras, até mesmo para garantir um usufruto livre da vulnerabilidade que podem trazer os não-índios.

4.2.1.2.b. Competência da União para demarcação

Ao analisar o instituto da demarcação, o Ministro quer assentar a competência do Poder Executivo da União para fazê-la. Para tanto, indica que existem coordenadas constitucionais para identificação das terras indígenas. Neste aspecto, traz à baila a questão que chama de “capítulo avançado do constitucionalismo

fraternal” (BRASIL, 2009, p. 284). Ao assim entender essa principal toada das coordenadas constitucionais, expõe:

Também aqui é preciso antecipar que ambos os arts. 231 e 232 da Constituição Federal são de **finalidade nitidamente fraternal ou solidária, própria de uma quadra constitucional que se volta para a efetivação de um novo tipo de igualdade: a igualdade civil-moral de minorias que só têm experimentado, historicamente e por ignominioso preconceito** – quando não pelo mais reprovável impulso coletivo de crueldade –, desvantagens comparativas com outros segmentos sociais. Por isso que se trata de uma era constitucional compensatória de tais desvantagens historicamente acumuladas, a se viabilizar por mecanismos oficiais de ações afirmativas (afirmativas da encarecida igualdade civil-moral). **Era constitucional que vai além do próprio valor da inclusão social para alcançar, agora sim, o superior estágio da integração comunitária de todo o povo brasileiro.** Essa integração comunitária de que fala a Constituição a partir do seu preâmbulo, mediante o uso da expressão “sociedade fraterna”, e que põe como o terceiro dos objetivos fundamentais que se lê nesse emblemático dispositivo que é o inciso I do art. 3º: “construir uma sociedade livre, justa e solidária”. (BRASIL, 2009, Voto Min. Rel. Carlos Ayres Britto, p. 285) (grifo nosso)

Desenvolve, assim, uma argumentação calcada em uma substancial democracia, destacando argumentos de princípio para busca de um *status* de igualdade, o que, segundo Dworkin, é a finalidade primeira da democracia.

Nessa toada, rebate também, o que chama de “falso antagonismo entre a questão indígena e o desenvolvimento”, a questão evidenciada na demanda, que se estaria tolhendo o desenvolvimento da região com a efetivação da demarcação indígena. Ressalta que essa combinação é falsa, haja vista que o indígena contribui para o “desenvolvimento como um crescer humanizado” (BRASIL, 2009, p. 289). Cita o fenômeno da aculturação⁴⁹ para afirmar a possibilidade do intercâmbio de cultura entre índio e não-índios, o que contribui para o desenvolvimento da própria sociedade brasileira considerada como um todo.

No que concerne à demarcação de terras indígenas, o Ministro faz algumas delimitações, passando a estabelecer diretrizes para a demarcação de terras,

⁴⁹De acordo com o Ministro Rel. Carlos Ayres Britto, a aculturação trata-se do “poder inteirar-se do *modus vivendi* ou do estilo de vida dos brasileiros não-índios, para, então, a esse estilo se adaptar por vontade livre e consciente” ou, ainda, a aculturação pode ser “compreendida como um longo processo de adaptação social de um indivíduo ou de um grupo, mas sem a necessária perda da identidade pessoal e étnica” (BRASIL, 2009, p. 288).

conforme quatro marcos regulatórios. O primeiro é o marco temporal da ocupação. Enfatiza que a data para verificação da ocupação é o dia 05 de outubro de 1988, ou seja, a data da promulgação da Constituição Federal. Acentua:

Terras que tradicionalmente ocupam, atente-se, e não aquelas que venham a ocupar. Tampouco as terras já ocupadas em outras épocas, mas sem continuidade suficiente para alcançar o marco objetivo do dia 5 de outubro de 1988. [...] Numa palavra, o entrar em vigor da nova Lei Fundamental Brasileira é a chapa radiográfica da questão indígena nesse delgado tema da ocupação das terras a demarcar pela União para a posse permanente e usufruto exclusivo dessa ou daquela etnia aborígine. (BRASIL, 2009, Voto Min. Rel. Carlos Ayres Britto, p. 295-296)

Já quanto ao marco da tradicionalidade da ocupação, são as palavras do Ministro:

É preciso ainda que esse estar coletivamente situado em certo espaço fundiário se revista do caráter da perdurabilidade. Mas um tipo qualificadamente tradicional de perdurabilidade da ocupação indígena, no sentido entre anímico e psíquico de que viver em determinadas terras é tanto pertencer a elas quanto elas pertencerem a eles, os índios (“Anna Pata, Anna Yan”: “Nossa Terra, Nossa Mãe”). Espécie de cosmogonia ou pacto de sangue que o suceder das gerações mantém incólume, não entre os índios enquanto sujeitos e suas terras enquanto objeto, mas entre dois sujeitos de uma só realidade telúrica: os índios e as terras por ele ocupadas. As terras, então, a assumir o status de algo mais que útil para ser um ente. A encarnação de um espírito protetor. (BRASIL, 2009, Voto Min. Rel. Carlos Ayres Britto, p. 297)

Quanto ao terceiro critério, que aponta como “marco da concreta abrangência fundiária e da finalidade prática da ocupação tradicional”, o Ministro indica que a terra deve servir como habitação permanente, utilizada para as atividades produtivas dos indígenas, além do necessário para seus usos, costumes e tradições (BRASIL, 2009, p. 301).

Como quarto critério, aplica conceito extensivo do princípio da proporcionalidade, lecionando que se deve compreender de modo amplo o que é imprescindível ou necessário aos índios para a sobrevivência digna. Assevera que

essa compreensão deve ser realizada “sob o visual da cosmogonia indígena” (BRASIL, 2009, p. 305).

4.2.1.2.c. Quanto ao modelo de demarcação

O Ministro Relator Carlos Ayres Britto repudia o modelo em ilhas e, inclusive, em debate com o Ministro Marco Aurélio (que é voto dissidente neste julgado) reafirma esse posicionamento, aduzindo que a demarcação fracionada, em ilhas, ou chamada de “tipo queijo suíço” é prejudicial aos índios, pois “ficam com os buracos e os não índios, sobretudo os fazendeiros, com o queijo propriamente dito” (BRASIL, 2009, p. 704).

Assim, defende o modelo contínuo de demarcação, com a conciliação de prestação dos serviços públicos, bem como visita de não-índios, o que não pode significar desproteção aos indígenas, fazendo o seguinte destaque:

A conciliação das coisas é possível, reafirme-se, desde que tudo se processe debaixo da liderança institucional da União, controle do Ministério Público e atuação coadjuvante de entidades tanto da Administração Federal quanto representativas dos próprios indígenas. (BRASIL, 2009, Voto Min. Rel. Carlos Ayres Britto, p. 310)

Portanto, infere que os empreendimentos públicos não descontinuem as terras indígenas. Ainda, o Ministro tece que há conciliação entre as terras indígenas e o meio ambiente, ainda que se trate de áreas de conservação e preservação ambiental, incluindo, pois, na demarcação, o Parque Nacional do Monte Roraima, conferindo-lhe “uma dupla afetação: a ecológica e a propriamente indígena” (BRASIL, 2009, p. 312).

Além disso, também ressalta a necessidade do formato contínuo ao defender a demarcação intraétnica, insistindo na exclusão dos intervalos fundiários entre uma etnia e outra, pois se habilitaria a formação de “vazios democráticos” (BRASIL, 2009, p. 316), risco, inclusive, à soberania nacional. Ainda com esse reconhecimento, fez a ressalva que “os marcos geodésicos e as placas sinalizadoras devem separar os

espaços interétnicos” (BRASIL, 2009, p. 318), prolongando relações amistosas entre etnias.

No mais, o Ministro traça a existência de compatibilidade entre faixa de fronteira e a as terras indígenas, apontando que nesse tocante a Constituição Federal não fez ressalvas. Mesmo assim, essa compatibilidade não afasta a permanência de instituições de segurança do Estado (como as Forças Armadas e a Polícia Federal) nesses espaços, assegurando que os índios não podem se opor a essa presença e que “necessitam dela para a contínua elevação dos seus padrões de segurança, politização, educação, saúde, transporte e demais itens de bem-estar material” (BRASIL, 2009, p. 326). Tudo isso fundamenta no dever que assiste à União de assegurar a defesa nacional.

Com todas essas observações formando o eixo de sua decisão – e dos que o acompanharam no voto –, o Ministro chega à análise concreta do caso em demanda. De pronto se contrapõe à arguição de nulidades do processo demarcatório, pois em vista dos trabalhos terem iniciado em 1977, assinala que houve tempo mais que suficiente para as partes interessadas se habilitarem no procedimento (BRASIL, 2009, p. 329). Afastou também a nulidade do parecer antropológico, o qual os requerentes apontavam parcialidade. O Ministro manifestou que toda a metodologia antropológica foi devidamente observada no processo demarcatório. Ainda, com relação ao defeito que os requerentes apontaram quanto ao perímetro a ser demarcado, já que do laudo antropológico até o ato concreto de demarcação, a área cresceu de 1.678.800 para 1.747.089 hectares, sustenta o Ministro que o primeiro teve caráter estimativo, já o segundo foi realizado com mensuração tecnológica, sendo muito mais precisa, rechaçando a nulidade pleiteada pelo autor.

Com todas essas afirmações e fundamentações, finalmente expressa sua convicção de que a área descrita na Portaria nº. 534/2005 é constituída de terra indígena, pois “ocupadas por forma tradicional e permanente à face do marco temporal do dia 05 de outubro de 1998” (BRASIL, 2009, p. 337). Afirma também que a falta de observância monoétnica para definição de terras indígenas lindeiras não resulta prejuízo, pois em nenhum momento houve irrisignação pelas comunidades envolvidas. Assegura que “a extensão da área demarcada é compatível com as coordenadas constitucionais”, sobretudo por corresponderem ao princípio da proporcionalidade extensiva, conforme vinculou anteriormente (BRASIL, 2009, p. 338).

Sinalizou que a retirada dos não-índios, com o reassentamento pelo governo federal, matiza a “irreversibilidade do procedimento” (BRASIL, 2009, p. 339). Com isso, aponta que são nulos os títulos de terra conferidos pelo INCRA na área da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, invalidando ocupações. Assegura que os produtores de arroz que passaram a realizar o cultivo após 1992 não tem direito à posse, pois esta resulta de esbulho⁵⁰.

Com todas essas considerações e fundamentações, o Ministro vota pela improcedência da ação popular, dando seguridade e validade à área demarcada, reconhecendo a constitucionalidade do procedimento demarcatório, bem como ordenando a retirada dos não-índios das terras em demanda.

Todavia, o voto paradigma sofreu algumas alterações ao final, tudo impulsionado pelo voto do Ministro Menezes Direito que trouxe importante inovação para o julgado. Assim, necessário verificar as peculiaridades advindas de voto, para bem compreender a postura adotada pela Corte.

4.2.2. Voto do Ministro Menezes Direito: a inclusão das salvaguardas

O voto do Ministro Menezes Direito possui, em especial, as salvaguardas, que direcionam o julgamento, fazendo até mesmo o Relator, Ministro Carlos Ayres Britto, adequar seu voto, adotando os critérios descritos adiante.

Assim como sinalizado quando da análise do voto do Relator, no voto do Ministro Menezes Direito também se verificam alguns assentamentos antes da análise concreta da demanda posta em discussão. Inicia assinalando que os índios fazem parte da nacionalidade brasileira e que a proteção constitucional não procura segregar, mas integrar (BRASIL, 2009, p. 369).

Vale esclarecer que nas questões preliminares, também entendeu pelo acolhimento dos interessados como assistentes e não propriamente como partes do processo.

⁵⁰Em síntese, trata-se da ocupação clandestina ou forçada em face do legítimo possuidor, ou seja, um atentado consolidado à posse. Cf. TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. 4 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p.881.

Do bojo do voto do Ministro, extrai-se aspectos importantes e que, no embate total da demanda, juntamente como voto proferido pelo Ministro Carlos Ayres Britto, formam o juízo de convencimento da maioria da Corte.

O Ministro, assim como o Relator, entende que não há vício no procedimento demarcatório, sustentando que foi realizado de acordo com a legislação em vigor, inclusive abrindo prazos quando do advento de nova legislação (Decreto 1.775/1996). De outra banda, quanto às irregularidades formais da extensão da terra a demarcar, conforme apontaram os requerentes, o Ministro também não reconheceu, pois, segundo Menezes Direito, a flutuação ocorreu por conta da precisão da medição, que foi mais precisa quando da Portaria nº. 534/2005 (BRASIL, 2009, p. 376).

Um importante aspecto do voto é construído quando o Ministro passa a analisar o significado de terra indígena. Reconhece:

Não há índio sem terra. A relação com o solo é marca característica da essência indígena, pois tudo o que ele é, é na terra com a terra. Daí a importância do solo para a garantia dos seus direitos, todos ligados de uma maneira ou de outra à terra. É o que se extrai do corpo do art. 231 da Constituição. (BRASIL, 2009, Voto Min. Menezes Direito, p. 377)

Retira do mencionado artigo constitucional a referência “tradicionalmente ocupada” para definir terra indígena, assim como o fez o Ministro Carlos Ayres Britto. E, além disso, reconhece como marco para determinação da ocupação indígena a promulgação da Constituição Federal de 1988, ou seja, 05 de outubro de 1988. Mas também aponta que o advérbio tradicionalmente transmite que foram ocupadas há algum tempo, antes do marco temporal, configurando uma presença persistente e constante nas terras.

Com isso, o Ministro afirma a propositura da adoção da teoria do fato indígena, afastando a teoria do indigenato⁵¹, até então vigente. A teoria do fato indígena, segundo o Ministro Menezes Direito, estanca a problemática de averiguação do marco da posse, pois “a aferição do fato indígena em 05 de outubro de 1988 envolve uma escolha que prestigia a segurança jurídica e se esquivava das

⁵¹ Pela teoria do indigenato (indígena nato), reconhece-se o direito congênito e primitivo dos indígenas sobre suas terras. Assim, não se constrói nessa teoria um marco para a ocupação. Há uma posse “imemorial”. Nesse sentido, vide também a ACO 312/BA, julgada pelo STF em 02 mai. 2012, proposta em 1982.

dificuldades práticas de uma investigação imemorial da ocupação indígena” (BRASIL, 2009, p. 381).

Conclui que:

[...] uma vez demonstrada a presença dos índios em determinada área na data da promulgação da Constituição (05/10/1988) e estabelecida a extensão geográfica dessa presença, constatado o fato indígena por detrás das demais expressões de ocupação tradicional da terra, nenhum direito de cunho privado poderá prevalecer sobre os direitos dos índios. Com isso, pouco importa a situação fática anterior (posses, ocupações, etc.). O fato indígena a suplantará, como decidido pelo constituinte dos oitenta. (BRASIL, 2009, Voto Min. Menezes Direito, p. 384) (grifo nosso)

Ainda, também nos moldes do Relator, reconhece a legitimidade da extensão demarcada, creditando seu entendimento nos pareceres antropológicos de Paulo José Brando Santilli e de Arthur Nobre Mendes, elaborados posteriormente e em complementação ao expedido pela FUNAI. Afirma, nesse sentido, a necessidade de se reconhecer a área necessária para o índio desenvolver suas atividades econômicas de autossustentação, bem como para reprodução de suas tradições. Inclusive, diversos marcadores naturais ajudam na delimitação da área ocupada, o que faz ainda melhor resplandecer a aplicação da teoria do fato indígena, segundo o Ministro:

Essa peculiaridade da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, com marcadores geográficos naturais ao seu entorno, que acabaram coincidindo com os seus próprios limites, é que permite o cumprimento do objetivo do procedimento de regularização fundiária após a Constituição de 1988: a demonstração do fato indígena em suas diversas expressões [...].(BRASIL, 2009, Voto Min. Menezes Direito, p. 388)

Adverte, no entanto, que os documentos carreados aos autos demonstram a necessidade de aperfeiçoamento na metodologia utilizada pela FUNAI e demais órgãos envolvidos no procedimento (BRASIL, 2009, p. 388). Isso porque o laudo antropológico elaborado pela FUNAI foi assinado por somente um profissional da antropologia e, posteriormente, complementado pelos pareceres de Paulo José Brando Santilli e de Arthur Nobre Mendes. Destaca a necessidade de participação

de outros especialistas, além de antropólogos e, mesmo com esse reconhecimento, entende que os laudos elaborados no processo demarcatório, ainda que assinados por um profissional, da Raposa Serra do Sol não se eviam de invalidades. Todavia, ao final de seu voto, o Ministro Menezes Direito observa não lhe “parecer razoável que a caracterização de uma área determinada do território nacional [...] fique a depender de apenas um especialista” (BRASIL, 2009, p. 414). Porém, mesmo com essa observação, mantém o entendimento de que o laudo apresentado é legítimo e não contém vício.

Prosseguindo em sua análise, faz algumas observações ao uso da terra indígena, a fim de dispor sobre a exploração dos recursos ali existentes:

É importante afirmar que os indígenas também não poderão, sem a autorização do Congresso e dos demais requisitos exigidos em lei, explorar os recursos hídricos e os potenciais energéticos (arts. 49, XVI, e 231, §3º, ambos da Constituição Federal), já que não lhes é assegurado pela Carta Magna nenhum privilégio nesse sentido. Nem, tampouco, poderão criar obstáculos ou impor exigências. (BRASIL, 2009, Voto Min. Menezes Direito, p. 392)

Desta forma, o Ministro reconhece o uso do solo da terra indígena, mas restringe a exploração de recursos ali existentes. Além disso, também faz referência a restrições quanto à exploração dos recursos minerais, condicionando à autorização do Congresso Nacional. Também quanto à garimpagem, a condição fica sob a autorização do Departamento Nacional de Produção Mineral, nos termos previstos no art. 3º da Lei 11.685/2008.

Assim, faz as seguintes ponderações quanto às restrições:

[...] da conjugação das demais normas aplicáveis extraio sistematicamente que:

- (i) as terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que restrinja o pleno exercício da posse direta pela comunidade indígena ou pelos silvícolas (art. 231, §2º, da Constituição Federal, c/c art. 18, caput, Lei nº. 6.001/1973);
- (ii) é vedada, nas terras indígenas, a qualquer pessoa estranha aos grupos tribuais ou às comunidades indígenas a prática da caça, pesca ou coleta de frutos, assim como de atividade agropecuária ou extrativa (art. 231, §2º, da Constituição Federal, c/c art. 18, §1º, Lei nº. 6.001/1973);
- (iii) os bens do patrimônio indígena, isto é, as terras pertencentes ao domínio dos grupos e comunidades indígenas, o usufruto

exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto nos arts. 49, XVI, e 231, §3º, da Constituição Federal, bem como a renda indígena (art. 43 da Lei nº. 6.001/1973), gozam de plena isenção tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos, taxas ou contribuições sobre uns ou outros;

(iv) os direitos dos índios relacionados às suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis (art. 231, §4º, da Constituição Federal). (BRASIL, 2009, Voto Min. Menezes Direito, p. 393-394)

Após essas restrições no usufruto da terra, o Ministro destaca em seu voto, considerando como consequência da homologação da demarcação a impossibilidade de revisão, que existe uma “verdadeira preclusão administrativa que impedirá qualquer discussão sobre a área e os limites homologados” (BRASIL, 2009, p. 394). Isto porque do procedimento restará a consolidação de direitos individuais concernentes às áreas adjacentes, implicando no afastamento de revisão do procedimento:

A existência desses interesses, direitos de natureza individual consolidados com a não-abrangência na terra indígena, impede uma aplicação absoluta do poder-dever de revisão dos atos da administração, como bem reflete o disposto no art. 53 da Lei 9.784/99 e na Súmula nº. 473 deste Supremo Tribunal Federal.

No caso da identificação e da demarcação de terras indígenas, de todos os modos, estou convencido de que a definição da extensão da área, fruto da constatação do fato indígena, não abre espaço para nenhum tipo de revisão fundada na conveniência e oportunidade do administrador. A demarcação esgota a identificação, sendo vedada sua alteração. (BRASIL, 2009, Voto Min. Menezes Direito, p. 394-395)

Ademais, efetua análise sobre a aplicabilidade de normas de caráter internacional, mais precisamente a Convenção nº.169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), ratificada pelo Brasil em 25 de julho de 2002, e a Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas (aprovada pela Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas, em 13 de setembro de 2007).

Quanto à Convenção nº. 169 da OIT, o Ministro expõe que, diante das normas da Constituição Federal, não houve inovações pela Convenção, sendo um diploma

mais tímido no que concerne aos direitos dos índios, preponderando, portanto, a Constituição⁵².

Já no que se refere à Declaração⁵³, o Ministro pondera que é diploma “autonomista e emancipacionista” (BRASIL, 2009, p. 396), tendo em vista que quer atribuir aos povos a qualificação de nações, com autogoverno e autodeterminação, desprezando fronteiras e o sistema representativo dos entes federativos.

Nesse sentir, anota a Declaração realiza uma indevida extensão de direitos indígenas frente à autonomia do Estado do qual fazem parte. Por isso, haveria risco em se aplicar tais normas em detrimento do disposto na Constituição Federal, sendo cogente atentar para a norma interna:

Por isso, é essencial que **esta Suprema Corte do Brasil deixe claro que a contribuição da Declaração dos Povos Indígenas** para o reconhecimento e fortalecimento dos direitos de povos que foram alcançados pelo processo de conquista e colonização do Novo

⁵² Note-se algumas disposições da Convenção 169 da OIT: “Artigo 14.1. Dever-se-á reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam. [...] 14.2. Os governos deverão adotar as medidas que sejam necessárias para determinar as terras que os povos interessados ocupam tradicionalmente e garantir a proteção efetiva dos seus direitos de propriedade e posse. [...] 15.2. Em caso de pertencer ao Estado a propriedade dos minérios ou dos recursos do subsolo, ou de ter direitos sobre outros recursos, existentes na terras, os governos deverão estabelecer ou manter procedimentos com vistas a consultar os povos interessados, a fim de se determinar se os interesses desses povos seriam prejudicados, e em que medida, antes de se empreender ou autorizar qualquer programa de prospecção ou exploração dos recursos existentes nas suas terras. Os povos interessados deverão participar sempre que for possível dos benefícios que essas atividades produzam, e receber indenização equitativa por qualquer dano que possam sofrer como resultado dessas atividades. 16.1. Com reserva do disposto nos parágrafos a seguir do presente Artigo, os povos interessados não deverão ser transladados das terras que ocupam”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm> . Acesso em set. 2016.

⁵³ A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas prevê sobre o autogoverno e autodeterminação: “Artigo 3. Os povos indígenas têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito determinam livremente sua condição política e buscam livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural. Artigo 4 Os povos indígenas, no exercício do seu direito à autodeterminação, têm direito à autonomia ou ao autogoverno nas questões relacionadas a seus assuntos internos e locais, assim como a dispõem dos meios para financiar suas funções autônomas”. Mais adiante, prevê: “Artigo 46.1. Nada do disposto na presente Declaração será interpretado no sentido de conferir a um Estado, povo, grupo ou pessoa qualquer direito de participar de uma atividade ou de realizar um ato contrário à Carta das Nações Unidas ou será entendido no sentido de autorizar ou de fomentar qualquer ação direcionada a desmembrar ou a reduzir, total ou parcialmente, a integridade territorial ou a unidade política de Estados soberanos e independentes. 2. No exercício dos direitos enunciados na presente Declaração, serão respeitados os direitos humanos e as liberdades fundamentais de todos. O exercício dos direitos estabelecidos na presente Declaração estará sujeito exclusivamente às limitações previstas em lei e em conformidade com as obrigações internacionais em matéria de direitos humanos. Essas limitações não serão discriminatórias e serão somente aquelas estritamente necessárias para garantir o reconhecimento e o respeito devidos aos direitos e às liberdades dos demais e para satisfazer as justas e mais urgentes necessidades de uma sociedade democrática”. Disponível em: <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf>. Acesso em set. 2016.

Mundo não pode negar vigência às normas de hierarquia constitucional e de topografia pétrea, como a unidade nacional, a indissolubilidade e o princípio federativo. (BRASIL, 2009, Voto Min. Menezes Direito, p. 398) (grifo nosso)

Assim, considerou que a disciplina constitucional requer a participação do Congresso Nacional na integração das normas do Direito Internacional, diferindo do discurso elaborado pelo Centro de Informação das Nações Unidas no Brasil, o qual manifestou-se que a aplicação da Declaração no Brasil não precisaria ser ratificada pelo Congresso, nem precisaria tornar-se lei (BRASIL, 2009, p. 397). Também assinalou que a norma não é tomada de caráter vinculante, afastando-a do caso em apreço. Veja-se trecho em que se explicita tal posicionamento:

Assim, seja pela ausência de integração seja porque baldia de força vinculante, por si só, com fonte de direito internacional, não se há de aplicar a Declaração no plano da positividade jurídica interna. Com isso, pode-se afirmar que não repercute no caso sob julgamento. (BRASIL, 2009, Voto Min. Menezes Direito, p.400)

Passando a analisar a faixa de fronteira, o Ministro também repudia a manifestação do autor no sentido de que haveria irregularidade no procedimento demarcatório ante a falta de anuência do Conselho de Defesa Nacional, nos moldes da Lei nº. 6.634/79⁵⁴. Todavia, nessa análise, o Ministro considerou que a constituição Federal de 1988, em seu artigo 91, deu nova roupagem à atribuição do CDN, configurando-o apenas como órgão de consulta, sem lhe atribuir qualquer assentimento prévio⁵⁵. Nesse tocante, considerou inexistir irregularidade no procedimento, mas advertiu como recomendável, para o futuro, que o Conselho de Defesa Nacional seja previamente ouvido.

Ao analisar a questão sobre o meio ambiente, ainda por ter em vista que na área demarcada há o Parque Nacional do Monte Roraima (unidade de conservação), o Ministro indicou uma dupla ou tripla afetação na terra indígena (405):

⁵⁴A legislação dispõe sobre a faixa de fronteira. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6634.htm>. Acesso em set. 2016.

⁵⁵O artigo 91, *caput*, da Constituição Federal dispõe: “Art. 91. O Conselho de Defesa Nacional é órgão de consulta do Presidente da República nos assuntos relacionados com a soberania nacional e a defesa do Estado democrático, e dele participam como membros natos: [...]”.

No que se refere à proteção do meio ambiente e à faixa de fronteira, contudo, essa limitação decorre das próprias disposições constitucionais já referidas. Haverá, nesses casos, mais uma afetação específica da área em discussão, a gerar uma superposição de afetações. **Essa dupla (terra indígena + unidade de conservação) ou tripla afetação (terra indígena + unidade de conservação + faixa de fronteira) deve, portanto, ser resolvida não pela sucumbência frente aos direitos indígenas, mas por uma conciliação das prerrogativas aparentemente em conflito.**

É nesse ponto que convém fazer referência ao princípio da unidade da Constituição que, na minha compreensão, tem grande influência na solução dessa aparente antinomia entre o direito dos índios, a importância estratégica da faixa de fronteira e o valor da preservação do meio ambiente.

A Constituição é a síntese de uma miríade de anseios das mais diversas naturezas. Há, portanto, uma pluralidade de interesses acolhidos no texto constitucional do tipo racional-normativo. Ao mesmo tempo, essa diversidade forma um todo unitário que vem a ser o fundamento de toda a ordem jurídica e também o fundamento de todo o sistema que, como tal, não admite nem a instabilidade nem a autonegação.

O objetivo norteador do princípio da unidade é, assim, o equilíbrio entre todos os interesses que compõem, em uma rede de interdependência recíproca, a ordem constitucional. (BRASIL, 2009, Voto Min. Menezes Direito, p.405) (grifo nosso)

Considerando a situação peculiar da terra indígena Raposa Serra do Sol, o Ministro Menezes Direito propõe a aplicação desse método interpretativo, consubstanciado no princípio da unidade, garantindo-se uma conjugação, compreendida em uma lógica de complementariedade. E nesse raciocínio, decidiu:

[...] estando a terra indígena em faixa de fronteira, o que se dá no caso ora em exame, o usufruto dos índios sobre a terra estará sujeito a restrições sempre que o interesse público de defesa nacional esteja em jogo. A instalação de bases militares e demais intervenções militares a critério dos órgãos competentes, ao contrário do que parece se extrair da Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas e da Convenção nº. 169 da OIT, será implementada independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI. O mesmo deverá ocorrer quando o interesse da defesa nacional coincidir com a expansão da malha viária ou das alternativas energéticas e o resguardo de riquezas estratégicas, conforme manifestação favorável do Conselho de Defesa Nacional.

É por isso que não se deve conceber uma tentativa de apropriação e exploração de bens e interesses estratégicos por alguns grupos de indígenas com a cobrança de tarifas e pedágios para viabilizar sua utilização. O usufruto de suas terras não alcança esse tipo de denominação, seja sobre equipamentos e instalações excluídos da terra indígena pelo Decreto homologatório, ou não. Não há natureza jurídica desse usufruto constitucional cobertura para esse tipo de comercialização.

[...] Como toda a área da Terra Indígena Raposa Serra do Sol está situada em faixa de fronteira, haverá, quanto à área do Parque Nacional do Monte Roraima, uma tripla afetação [...].(BRASIL, 2009, Voto Min. Menezes Direito, p.408-409)

Nesse sentido, o Ministro pondera pelo princípio da unidade, bem como de certa razoabilidade, para justificar sua interpretação e, segundo suas palavras, de modo que se atenda aos direitos ambientais e indígenas, bem como às questões de segurança nacional.

Em vias de finalizar seu voto, o Ministro propõe e adverte que entende razoável a manifestação dos entes federativos envolvidos, de modo obrigatório e não facultativo (BRASIL, 2009, p. 415).

E, ao final de seu voto, assenta a questão mais crucial para o deslinde do feito, que são as salvaguardas. Ou seja, o Ministro entendeu que o usufruto pelos indígenas na área demarcada deveria sofrer algumas restrições para bem atender às afetações envolvidas na área em questão. Ainda, sugeriu que a decisão fosse adotada para os casos futuros, seguindo condições para o usufruto. Vale arrolá-las:

- (i) o usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas (art. 231, §2º, da Constituição Federal) pode ser suplantado de maneira genérica sempre que houver, como dispõe o art. 213, §6º, interesse público da União, na forma de lei complementar;
- (ii) o usufruto dos índios não abrange a exploração de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional;
- (iii) o usufruto dos índios não abrange a pesquisa e lavra de recursos minerais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional;
- (iv) o usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a faiscação, devendo, se o caso, ser obtida a permissão de lavra garimpeira;
- (v) o usufruto dos índios fica condicionado ao interesse da política de defesa nacional; a instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico, a critério dos órgãos competentes (Ministério da Defesa e Conselho de Defesa Nacional), serão implementados independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI;
- (vi) a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica garantida e se dará independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI;
- (vii) o usufruto dos índios não impede a instalação, pela União Federal, de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas

e vias de transporte, além das construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União especialmente os de saúde e educação;

(viii) o usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica restrito ao ingresso, trânsito e permanência, bem como à caça, pesca e extrativismo vegetal, tudo nos períodos, temporadas e condições estipuladas pela administração da unidade de conservação, que ficará sob a responsabilidade do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade;

(ix) o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área da unidade de conservação também afetada pela terra indígena com a participação de comunidades indígenas da área em caráter apenas opinativo, levando em conta as tradições e costumes dos indígenas, podendo para tanto contar com a consultoria da FUNAI;

(x) o trânsito de visitantes e pesquisadores não-índios deve ser admitido na área afetada à unidade de conservação nos horários e condições estipulados pela administração;

(xi) deve ser admitido o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios no restante da área da terra indígena, observadas as condições estabelecidas pela FUNAI;

(xii) o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios não pode ser objeto de cobrança de quais quer tarifas ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas;

(xiii) a cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza também não poderá incidir ou ser exigida em troca da utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou de quaisquer outros equipamentos e instalações colocadas a serviço do público, tenham sido excluídos expressamente da homologação, ou não;

(xiv) as terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que restrinja o pleno exercício da posse direta pela comunidade indígena ou pelos silvícolas (art. 231, §2º, Constituição Federal, c/c art. 18, caput, Lei nº. 6.001/1973);

(xv) é vedada, nas terras indígenas, a qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas, a prática de caça, pesca ou coleta de frutos, assim como de atividade agropecuária ou extrativa (art. 231, §2º, Constituição Federal, c/c art. 18, §1º, Lei nº. 6.001/1973);

(xvi) os bens do patrimônio indígena, isto é, as terras pertencentes ao domínio dos grupos e das comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto nos arts. 49, XVI, e 231, §3º, da CR/88, bem como a renda indígena (art. 43 da Lei 6.001/1973), gozam de plena isenção tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos, taxas ou contribuições sobre uns ou outros;

(xvii) é vedada a ampliação da terra indígena já demarcada;

(xviii) os direitos dos índios relacionados às suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis (art. 231, §4º, CR/88). (BRASIL, 2009, Voto Min. Menezes Direito, p.416-418)

Com isso, o Ministro vota pela parcial procedência da ação, condicionando à homologação as dezoito cláusulas anteriormente dispostas.

Com isso, consta na sequência do extenso julgado, uma preocupação exposta pelo Ministro Carlos Britto (Relator do julgamento), explicitando que, ao dar parcial provimento à ação, listando condições para tanto, não se estaria decidindo *extra petita*⁵⁶, entregando-se ao reclamante resultado diverso do que foi pedido. O Ministro Menezes Direito responde que não deixou de observar e refletir sobre essa questão, que realizou a elaboração de tais diretrizes pensadamente.

Todavia, percebe-se que o modo de decidir utilizado por Menezes Direito é inovador no âmbito judicial brasileiro, pois não só responde à demanda proposta pelo autor, como determina diretrizes a serem seguidas quando da efetivação da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, bem como a toda outra demarcação que vier a ocorrer no país. Toma-se, conforme esclarecido no tópico 4.2.11, para este estudo, que o Ministro acabou por legislar.

4.2.3. Voto Ministra Cármen Lúcia: ausência de afronta ao pacto federativo

A Ministra Cármen Lúcia reconhece a importância do tema debatido, concordando em grande parte com o que foi assentado pelos Ministros Carlos Ayres Britto e Menezes Direito. Mas o destaque que essa pesquisa faz de seu voto, está na tratativa atinente ao pacto federativo.

Alerta que antes da Constituição de 1988, o Estado de Roraima era território (constituindo mera autarquia), e tornou-se membro da Federação somente com a promulgação da Constituição de 88. Desta forma, afirma que sequer haviam municípios constituídos na área, vez que territórios não são organizados em municípios. Pondera, ainda, que os trabalhos de demarcação iniciaram muito antes da vigência da Constituição, ou seja, em momento que “não existia o Estado Federado de Roraima, menos ainda os Municípios que se compreendem naquelas áreas” (BRASIL, 2009, p. 455)

A par disso, assevera que “ nenhuns eram os títulos que se pudessem apresentar para legitimar ocupação naquela área” (BRASIL, 2009, p. 455). Portanto,

⁵⁶ Termo jurídico para designar decisão que vai além do pedido. Nesses termos, pertinentes as lições de Didier: “Diz-se *extra petita* a decisão que (i) tem natureza diversa ou concede ao demandante coisa distinta da que foi pedida, (ii) leva em consideração fundamento de fato não suscitado por qualquer das partes, em lugar daqueles que foram efetivamente suscitados, ou (iii) atinge sujeito que não faz parte da relação jurídica processual” (2014, p. 312).

já que a Constituição de 1988, no Ato das Disposições Transitórias⁵⁷, transformou o território de Roraima em Estado federado e que os trabalhos de demarcação começaram antes da vigência da norma constitucional de 88, bem como que os títulos obtidos sobre as terras ocupadas não possuem legitimidade, afirmou não haver conflito federativo:

Logo, alegar que o conflito teria surgido em afronta ao pacto federativo pela ausência de participação do Estado de Roraima no processo de reconhecimento e demarcação da área da Terra Indígena Raposa Serra do Sol não tem fundamento, porque a) a imprescindibilidade jurídica de se demarcar a área indígena antecede a própria existência do Estado roraimense; b) a transformação do Território Federal em Estado deu-se por norma constitucional abrigada no mesmo sistema em que se assegurava – em repetição às normas constitucionais antes vigentes sobre o mesmo tema – os direitos dos índios, aí incluídos e sobrelevados os direitos seus às respectivas áreas de ocupação; c) a criação dos Municípios deu-se em processo legislativo estadual paralelo ao procedimento administrativo federal de demarcação da área indígena naquele mesmo espaço; d) principalmente, o Estado de Roraima participou, ativa e diretamente, do procedimento administrativo que concluiu pela criação da área reservada na forma e dimensões atuais.(BRASIL, 2009, Voto Min, Cármen Lúcia, p. 455-456) (grifo nosso)

Considerou, que para a lisura do processo demarcatório é importante a participação do ente federado estatal, já que, de certa forma, é modo de dispor e impor de sua autonomia política. Nesse sentido, entende preponderante a participação do Estado de Roraima no processo demarcatório da Raposa Serra do Sol. Ponderou:

Dá-se, contudo, que na espécie vertente, os documentos acostados aos autos do Processo Administrativo nº. 889/1993 demonstram, à saciedade, que o Estado de Roraima teve participação ampla, direta e objetiva naquele desempenho.

Contestando os laudos com toda amplitude, os argumentos apresentados pelo ente estadual foram respondidos pelo então Ministro da Justiça, Nelson Jobim, que no despacho nº. 80, de 1996, indeferiu os pleitos estaduais, após analisá-los [...]

Contra aquela decisão o Estado de Roraima interpôs Recurso Hierárquico, em 1999, pedido de reconsideração do indeferimento do seu pedido e avocatória, tudo devidamente respondido, conquanto

⁵⁷Redação do art. 14 do ADCT: “Art. 14. Os Territórios Federais de Roraima e do Amapá são transformados em Estados Federados, mantidos seus atuais limites geográficos”.

não nos termos pleiteados, mas integralmente fundamentado pelos órgãos federais competentes. (BRASIL, 2009, Voto Min, Cármen Lúcia, p. 456-457) (grifo nosso)

Ainda nessa linha, afasta as alegações de inviabilidade do ente federado devida a extensão da terra a ser demarcada. Compreende nodular, a partir de parecer antropológico juntado aos autos, que o modelo de continuidade se mostra necessário para “preservação e respeito da identidade dos indígenas” (BRASIL, 2009, p. 460).

Afasta também a alegação de comprometimento da vida econômica do Estado, já que haveria redução de pouco mais de 7% de todo o território estadual. Não desconhece a diminuição de autonomia no que atine à área demarcada, mas tece um comparativo com as áreas particulares para demonstrar que essa restrição é natural e não é pelo fato da terra ser indígena que haveria diminuição de autonomia política:

É indiscutível que o Estado Federado tem restringido o espaço de incidência de sua autonomia em relação à área demarcada, por ser bem da União, sujeito a regime jurídico específico. **Todavia, o Estado Federado, como bem lembra ainda o insigne constitucionalista José Afonso da Silva, também pode fazer muito pouco sobre as áreas particulares em seus respectivos territórios. E nem por isso se alega qualquer diminuição de sua autonomia política.** (BRASIL, 2009, Voto Min, Cármen Lúcia, p. 461) (grifo nosso)

Por esses motivos, votou com o Relator e não reconheceu desobediência ao princípio do pacto federativo.

Quanto à alegada afronta à soberania nacional por ter-se área de fronteira, de igual modo rejeitou a ofensa, pois acentuou que a União tem o dever de resguardar as áreas de fronteira, devendo todo brasileiro, inclusive os indígenas, submeter-se a tal regra, não configurando qualquer atentado contra a soberania nacional.

Assim, a ministra acompanhou o Ministro Relator Carlos Ayres Britto e o Ministro Menezes Direito, mas fazendo restrições às diretrizes outrora apresentadas, destoando em partes nas salvaguardas:

Daí porque acompanho, em parte, o eminente Ministro Relator, com as achegas articuladas pelo insigne Ministro Menezes Direito, para concluir pela validade da Portaria 534/2005 e do Decreto de 15 de abril de 2005.

Daí porque a conclusão não haverá de ser pela improcedência total da ação, uma vez que a acolho para interpretar aos termos daqueles atos normativos questionados em conformidade com os preceitos constitucionais, na forma dos seguintes itens, que, como listados, repito, tal como articulado pelo eminente Ministro Menezes Direito, em seu voto vista, que também acompanho em parte, distingo na forma seguinte:

a) o usufruto da riquezas do subsolo, dos rios e lagos das terras indígenas não inclui a exploração de recursos hídricos e potenciais energéticos, dependentes de autorização do Congresso Nacional, ficando os primeiros sujeitos à sua submissão ao interesse público, nos termos do §6º do art 231, da Constituição;

b) o usufruto dos bens das terras indígenas exclui a garimpagem e a faiscação, dependente este, se for o caso, dependente de permissão prévia;

c) o usufruto dos bens das terras indígenas pelos índios condiciona-se ao interesse da política de defesa nacional, fixada, sem necessidade de qualquer consulta prévia às comunidades índios ou não, pelo Ministério da Defesa e do Conselho da Defesa Nacional, nos termos do art. 91, §1º, incs. III e IV, da Constituição). Neste sentido, a atuação dos órgãos competentes, a saber, Forças Armadas e Polícia Federal, na área indígena, no desempenho de suas atribuições, não depende de consulta prévia das comunidades envolvidas ou de outros órgãos governamentais;

d) a condição de terras caracterizadas como indígenas não impede a atuação do Estado brasileiro para instalação, preservação e uso de equipamentos públicos, tais como estradas, vias de transportes, construções necessárias à prestação dos serviços públicos de competência dos entes estaduais;

e) na forma do voto do eminente Ministro Menezes Direito, que acolho integralmente neste ponto, a atuação dos índios nas áreas de dupla afetação, especialmente, no que concerne às áreas de conservação condiciona-se ao ingresso, trânsito e permanência, bem como à caça, pesca e extrativismo vegetal, nos períodos, temporadas e condições estipuladas pela administração da unidade de conservação, sob a responsabilidade dos institutos reconhecidos pela União;

f) nos casos em que a presença de não índios seja admitida, vedase a esses qualquer cobrança de tarifas ou imposições pecuniárias de qualquer grandeza ou natureza ou qualquer outra pelas próprias comunidades;

g) é proibida a qualquer pessoa que não tenha a condição de índio caça, pesca, coleta de frutos, atividade agropecuária ou extrativista, nos termos do §2º do art. 231 combinado com o art. 18, §1º, da Lei nº. 6.001/73. (BRASIL, 2009, Voto Min, Cármen Lúcia, p. 478-480)

Portanto, a ministra vota no mesmo sentido dos ministros anteriores, mas destoa nas salvaguardas, pois, como asseverou em debate após proferir seu voto,

que o faria com essas restrições, ao passo que ao acatar as “achegas” do Ministro Menezes Direito na totalidade, estaria repetindo ou implementando a Constituição no voto (BRASIL, 2009, p. 481).

4.2.4. Votos dos Ministros Ricardo Lewandowski e Eros Grau

O Ministro Ricardo Lewandowski inicia seu voto ressaltando a Constituição de 1988, enfatizando ela ter sido fruto da redemocratização do país e servido de inspiração para outras cartas, como do Paraguai e Colômbia, considerando-a, “no que toca à proteção aos índios, uma das mais avançadas do mundo” (BRASIL, 2009, p. 486).

Ao analisar as questões pontuais em seu voto, principalmente atinente ao pacto federativo, rejeita a vulnerabilidade indicada pelo autor da ação. Inclusive aponta a transição para o “federalismo cooperativo ou de integração” (BRASIL, 2009, p. 491), ao passo que o Estado Social revela uma relação mais estreita e complexa entre os entes federados, entrelaçando competências. Neste aspecto, utiliza de argumentação semelhante ao exposto pela Ministra Cármen Lúcia, indicando que quando da criação do Estado de Roraima, os indígenas já ocupavam a área que, a rigor, já era da União, tendo em vista o reconhecimento deste fato pelas cartas constitucionais anteriores.

Assim, entende que não há ofensa ao pacto federativo, pois o ato declaratório de demarcação é exercício de competência da União (ou Governo Central, como faz alusão no julgado) e as terras sempre foram consideradas bens da União, muito antes da criação do Estado de Roraima.

Já no que se refere à Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas das Nações Unidas, o Ministro Ricardo Lewandowski destoa dos votos proferidos, compreendendo-a diversamente de termos separatistas, conforme assentaram os demais. Veja-se:

[...] a própria Declaração deixou claro que a autonomia conferida aos povos indígenas está ligada exclusivamente ao exercício dos direitos e garantias contemplados em seu texto. Não há, com efeito, qualquer alusão à autonomia política que possa ensejar o entendimento de

independência dos povos indígenas em relação aos Estados nos quais vivem.(BRASIL, 2009, Voto Ricardo Lewandowski, p. 506)

Nessa versão, também entende que não há afronta à soberania nacional. No mais, vota com o Ministro Menezes Direito, incorporando as dezoito diretrizes. Por fim, afirma que “de forma extremamente adequada”, o Supremo estaria a fixar “o regime jurídico das terras indígenas” (BRASIL, 2009, p. 511).

Por sua vez, o Ministro Eros Grau reconhece, de início, que a União detém o domínio e os índios a posse das terras em discussão. Nesse sentido, também adota a teoria do fato indígena e vota com o Relator, ressaltando que a demarcação deve ser contínua pois este foi o modo com que os índios tradicionalmente ocuparam a terra. Entende que, assim como a qualquer brasileiro, devem ser aplicadas aos índios nas terras em que ocupam, a proteção ambiental e da segurança nacional, conforme acentuou o voto do Ministro Menezes Direito, o qual Eros Grau faz total adesão.

4.2.5. Voto Ministro Joaquim Barbosa: dissidência parcial

O Voto do Ministro Joaquim Barbosa é dissidente em parte, pois julga totalmente improcedente a ação proposta. Tal como apresentado, o leitor pode se perguntar o porquê dessa dissidência, haja vista que o Relator também votou pela improcedência integral. Todavia, como se verá adiante, o Relator faz modificação em seu voto, permanecendo até o fim do julgamento somente o Ministro Joaquim Barbosa com o posicionamento de improcedência integral, não acolhendo as condicionantes implementadas pelo Ministro Menezes Direito. E esta é uma característica importante de seu voto, pois, conforme afirmou em debate realizado no julgamento, essa forma de decidir importa em criação do direito, ou como chama, “*judge-made law*”, atividade típica em países que permitem ao Poder Judiciário fazer o direito, método que desconhece ser aplicável no Brasil (BRASIL, 2009, p. 863).

O Ministro explicita não haver dúvidas de que os índios ocupam a área em litígio por tempo “imemorial e tradicional”, bem como afirma que os documentos carreados aos autos demonstram que a demarcação seguiu os trâmites das legislações pertinentes à época, inclusive com a abertura de prazo, possibilitada pelo

Decreto 1.775/1996, para manifestação de interessados na demarcação (BRASIL, 2009, p. 521-522).

Outrossim, asseverou que a demarcação representa efetivo reconhecimento dos direitos indígenas, além de proteção ao meio ambiente. Afasta qualquer desequilíbrio federativo e entende a demarcação contínua como competência discricionária do ente político. Nesses termos, julgou a ação totalmente improcedente.

4.2.6. Aditamento do Voto Relator: adesão às salvaguardas

Conforme sinalizado anteriormente, o Ministro Relator Carlos Britto, manifestou-se, após voto proferido pelo Ministro Joaquim Barbosa, entendendo que as diretrizes esposadas pelo Ministro Menezes Direito eram de grande valia para a execução efetiva da decisão, apesar de técnica “inovadora” e “inusual” (BRASIL, 2009, p. 528). Assim, fez adesão às diretrizes propostas.

4.2.7. Votos Ministro Cezar Peluso e Ministra Ellen Gracie

O Ministro Cezar Peluso louva a explicação realizada pelo Ministro Menezes Direito, reconhecendo a teoria do fato indígena. Expressa que ficou duvidoso com a demarcação realizada, pois baseada em poucas opiniões, havendo muitas controvérsias, mas não conseguiu encontrar “nenhum elemento consistente para remover tais dúvidas” (BRASIL, 2009, p. 536), entendendo como consumada a demarcação. Ainda, elogiou a fórmula de julgamento proferida pelo Ministro Menezes Direito, ao estabelecer algumas restrições ao usufruto da terra.

Ainda, também repudiou a aplicação, ou como preferiu se referir, a “inoperância jurídica” da Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas da ONU, pois consoante de ideias emancipatórias dentro do Estado soberano (BRASIL, 2009, p. 538). Outrossim, reconheceu que a demarcação de terras não implica na restrição da atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal.

No que tange à projeção do julgamento, o Ministro pondera:

Senhor Presidente, em quarto lugar, a postura que esta Corte está tomando hoje não é de julgamento de um caso qualquer, cujos efeitos se exaurem em âmbito mais ou menos limitado, mas é autêntico caso-padrão, ou **leading case**, que traça diretrizes não apenas para solução da hipótese, mas para disciplina de ações futuras e, em certo sentido, até de ações pretéritas, nesse tema. (grifo original) (BRASIL, 2009, Voto Min. Cezar Peluso, p. 543)

Com isso, firma seu entendimento da necessidade do Conselho de Defesa Nacional ser ouvido nos processos de demarcação, além dos entes federativos (Estados e Municípios) envolvidos. Também concordou com a questão de manter a vedação da ampliação das terras demarcadas. Acompanhou os termos do voto do Ministro Menezes Direito e do Relator, que fez o aditamento para aderir às salvaguardas.

Por sua vez, a Ministra Ellen Gracie também acompanhou o relator e a maioria dos Ministros, aderindo às diretrizes do voto do Ministro Menezes Direito. Anotou em seu breve voto, preocupação em exceder o pedido original da demanda, mas convenceu-se, por todas as ponderações efetuadas pelos Ministros, que acolher as salvaguardas é a melhor opção.

Fica evidenciado um receio dos ministros em acolher a técnica decisória apresentada pelo Ministro Menezes Direito, pois trata-se de condicionar preceitos a serem observados no usufruto da terra, bem como na demarcação de terras indígenas, levando a decisão a produzir efeitos que ultrapassam o caso em apreço, além de constituir, efetivamente, em criação normativa.

Após, o voto da Ministra Ellen Gracie, o Ministro Gilmar Mendes, Presidente da Corte quando do julgamento, expressou sua angústia quanto ao tema da fidelidade federativa, vez que o quadro de decisão mostrou-se uma definição para as próximas demarcações, ou seja, que estariam definindo o “quadro demarcatório que deve vigor” a partir da decisão (BRASIL, 2009, p. 557-558). Além disso, também mencionou que a questão da efetividade da Declaração das Nações Unidas deve ser concluída, provendo-se um pronunciamento definitivo. Disto, o processo passou à vista do Ministro Marco Aurélio, voltando a ser discutido três meses depois.

4.2.8. Voto Ministro Marco Aurélio: revisão de posicionamento e divergência

Em sessão de 18 de março de 2009, à beira da conclusão da demanda, o Ministro entregou seu voto vista, consagrando importantes ponderações. O voto destoou do entendimento da maioria, julgando procedente a ação.

Primeiramente abordou algumas questões processuais, apontando que estas deveriam ser saneadas antes do efetivo julgamento do mérito. Considerou, portanto, a necessidade de citação das autoridades que editaram a portaria nº. 534/2005 e o Decreto homologatório, ou seja, o Ministro da Justiça e o Presidente da República, respectivamente. Veja-se:

A jurisprudência está sedimentada no sentido de que se trata de litisconsórcio passivo necessário e a falta de citação de qualquer servidor ou autoridade partícipes do ato ou contrato impugnado é causa de nulidade do processo.

Descabe entender que a citação de pessoa jurídica central – a União – dispensa a das autoridades envolvidas na prática do ato atacado, isso considerados os efeitos de uma possível sentença condenatória – artigos 11 e 18 da Lei nº 4.717/65.

Então, cumpre já aqui sanear o processo, citando-se como réus desta ação popular o Ministro de Estado da Justiça e Sua Excelência o Presidente da República.(BRASIL, 2009, Voto Ministro Marco Aurélio, p. 573)

Além disso, também entendeu pela necessidade de citação do Estado de Roraima e dos Municípios Uiramutã, Pacaraima e Normandia para integrar a lide como partes. Isso porque o “ente dito alcançado pelo ato lesivo apontado como nulo” deve figurar na relação processual (BRASIL, 2009, p. 575).

Logo, reconhecendo lesão decorrente de ato da União, atingindo outros entes, o Ministro entendeu pela necessidade de trazer ao processo o Estado de Roraima e os municípios afetados. Fez diversas alusões à decisão de questão de ordem proferida pelo Relator, o qual considerou que o ingresso das partes deveria se dar na modalidade de assistentes.

Todavia, relembre-se que, quando posta a questão de ordem, o Ministro restou concordante com a maioria, acatando tais entes como assistentes processuais. Mas ao revisar seu posicionamento retrocede à questão processual já decidida por todos os membros da Corte, inclusive pelo próprio Ministro. Esclareça-se, conforme disposto no tópico 4.2.1.1. desta pesquisa, a questão de ordem tratou

de preliminares que deveriam ser solucionadas antes da análise concreta ou meritória da demanda. Naquela oportunidade os Ministros deveriam se manifestar para que houvesse o saneamento do processo, habilitando-o ao julgamento propriamente dito. Efetuar objeções após esse momento, acarretaria preclusão processual. Todavia, verifica-se que o Ministro Marco Aurélio, mesmo assim, optou por rever seu posicionamento. Essa revisão, caso fosse acatada pelos ministros, faria o retorno do processo à fase instrutória, pois caberia a necessidade de reabertura de prazo para que as novas partes processuais exercessem o contraditório e ampla defesa, consubstanciados no devido processo legal.

Prosseguindo nesse raciocínio, o Ministro faz observação sobre a importância de se reabrir a instrução, com o fito de oportunizar a oitiva e provas pelos entes interessados:

Esta é mais uma matéria pendente de exame, a merecer pronunciamento explícito do Tribunal. Antes, recordem a origem da conclusão sobre a competência do Supremo nesse campo da exceção revelado pela ação popular – a existência de um considerável conflito federativo, vale dizer, um conflito entre a União e uma unidade a compor a Federação, o Estado de Roraima, presentes os Municípios atingidos em seus limites territoriais pela demarcação verificada. Como, então, deixar de citá-los para, até mesmo, figurarem na ação popular aderindo ao autor como previsto no § 3º do artigo 6º da Lei nº 4.717/65. Salta aos olhos a destinação, no campo das consequências e facilidades processuais, em admiti-los como partes ou como assistentes, apanhando o processo, neste último caso, no estágio em que se encontrava, ou seja, quando já encerrada a instrução. A organicidade instrumental está capenga, ferida de morte, incidindo o paradoxo acima referido – a admissibilidade do conflito federativo sem que formada a devida relação processual, sem que, até aqui, o Estado, já não falo dos Municípios, figure como parte propriamente dita.

Há de chamar-se o processo à ordem, reabrindo-se, na extensão cabível, a instrução processual, sob pena de grassar a balbúrdia, sob pena de, sem ouvirem-se as partes interessadas, titulares de direitos, viabilizados os meios de prova visando a revelá-los, ter-se, mesmo assim, sentença a elas oponível. (BRASIL, 2009, Voto Ministro Marco Aurélio, p. 580-581)

Além disso, o Ministro aponta a ausência de intervenção do Ministério Público na instrução, deixando de ser intimado para participar dessa importante fase processual. Constata que a intimação se deu somente quando já findada a fase instrutória, pugnando pela participação do Ministério Público, sob pena de

desatendimento de formalidade essencial, haja vista o direito indisponível posto à prova.

O Ministro também arguiu a falta de citação das etnias indígenas interessadas, beneficiárias diretas da demarcação. Entendeu, pois, pela citação das cinco etnias⁵⁸ existentes na Raposa Serra do Sol, sob pena de configuração de nulidade do processo.

Sob o tópico “ausência da produção de provas”, o Ministro refere-se à falta de determinação, pelo Supremo, da produção de prova pericial para análise das nulidades alegadas no curso da demarcação (BRASIL, 2009, p. 587).

Ainda, em uma crítica velada ao Ministro Relator Carlos Britto, o Ministro Marco Aurélio aponta uma postura duvidosa quanto ao posicionamento em demanda anterior, de semelhança com o caso sob julgamento:

No âmbito do Supremo e especificamente em relação à demarcação da Reserva Raposa Serra do Sol, existe precedente do Plenário, relatado pelo ministro Carlos Ayres Britto, em que não se acolheu pedido formulado em mandado de segurança, ante a inadequação da via eleita, assentando-se a necessidade de dilação probatória para a delimitação de questões como o tamanho das fazendas dos impetrantes, a data do ingresso deles nas terras em causa, a ocupação pelos índios e o laudo antropológico. Confirmam: “MANDADO DE SEGURANÇA. HOMOLOGAÇÃO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS RAPOSA SERRA DO SOL. IMPRESTABILIDADE DO LAUDO ANTROPOLÓGICO. TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS POR ÍNDIOS. DIREITO ADQUIRIDO À POSSE E AO DOMÍNIO DAS TERRAS OCUPADAS IMEMORIALMENTE PELOS IMPETRANTES. COMPETÊNCIA PARA A HOMOLOGAÇÃO. GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL ADMINISTRATIVO. BOA-FÉ ADMINISTRATIVA. ACESSO À JUSTIÇA. INADEQUAÇÃO DA VIA PROCESSUALMENTE ESTREITA DO MANDADO DE SEGURANÇA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. A apreciação de questões como o tamanho das fazendas dos impetrantes, a data do ingresso deles nas terras em causa, a ocupação pelos índios e o laudo antropológico (realizado no bojo do processo administrativo de demarcação), tudo isso é próprio das vias ordinárias e de seus amplos espaços probatórios. [...] (Mandado de Segurança nº 25.483-1/DF, relator ministro Carlos Ayres Britto, Tribunal Pleno, Diário da Justiça de 14 de setembro de 2007)”. (BRASIL, 2009, Voto Min. Marco Aurélio, p. 589-590)

⁵⁸ Grupos indígenas Macuxi, Wapixana, Taurepang, Ingarikó e Patamona. Cf. BRASIL, 2009.

O caso apontado por Marco Aurélio trata-se de um Mandado de Segurança impetrado antes mesmo da Ação Popular, requerendo a suspensão dos efeitos do Decreto Presidencial de 15 de abril de 2005. O Ministro ressalta que naquela hipótese restou configurada a inadequação da via eleita em vista da necessidade probatória. Todavia, eis que no julgamento sob análise, que tem o mesmo Relator, considerou-se o lastro probatório suficiente. Nesse sentido, acentua a existência de uma incongruência. Por tudo isso, entende pela necessidade da colheita de provas (pericial e testemunhal).

Ademais, também aponta para o mapa elaborado pela FUNAI a pedido do Ministro Menezes Direito, o qual esclarece a área que os índios utilizariam. Assim, entende que há necessidade das partes se manifestarem sobre essa prova produzida a pedido do Ministro Menezes, pois as partes teriam direito a se pronunciar sobre todas as provas acostadas ao processo, o que não foi observado.

Prosseguindo na análise das irregularidades, o Ministro também traz à tona a ausência de intimação dos detentores de títulos de propriedade na área a ser demarcada, o que repudia, pois a decisão repercutirá no âmbito dos direitos dessas pessoas. Também nessa esteira se pergunta sobre o efeito prospectivo da decisão:

Em outras palavras, aguardam análise no Supremo várias ações questionando o procedimento demarcatório, nas quais aduzidos os mais diversos enfoques. Não restam dúvidas, porém, de que a conclusão adotada na presente ação norteará a atuação da Corte nas demais. Proclamando-se a valia da demarcação que se diz viciada, praticamente ficará frustrada a apreciação das causas de pedir arguidas e dos pedidos formulados nas outras demandas. Isso é tão certo que, na parte dispositiva do voto do relator, como já mencionado, noticia-se a revogação da liminar deferida na Ação Cautelar nº 2.009-3/RR bem como a imediata retirada de todos os indivíduos não-índios das terras em disputa. Além disso, sem o necessário exame individualizado, viabilizado à exaustão o exercício do direito de defesa, declara-se a nulidade dos títulos de propriedade. Tudo isso, repito, sem a oitiva dos interessados. Tudo isso, volto a frisar, em uma ação que tem como objeto apenas anular ato lesivo ao patrimônio público e não possui natureza dúplice, como, por exemplo, a ação consignatória ou a possessória. Indago: à decisão será conferida extensão maior ou se ficará na simples improcedência do pedido inicial, deixando-se de determinar, no campo constitutivo negativo, providências das mais variadas matizes? (BRASIL, 2009, Voto Min. Marco Aurélio, p. 598-599)

Com essas verificações, o Ministro entendeu que a admissão das partes apenas como assistentes, nos termos da questão de ordem provocada pelo Relator, não era hábil para garantir um devido processo legal, sendo necessário sanear o processo – mais uma vez –, citando-se as partes (entes federativos, etnias indígenas, autoridades que editaram a Portaria nº. 534/2205 e Decreto de 15 de abril de 2005, bem como detentores de títulos de propriedade da área em discussão) e intimando-se o Ministério Público para participar desde o início da lide, além de realização de nova instrução.

Após essas ponderações que, frisa-se, foram discutidas anteriormente em questão de ordem, o Ministro, considerando que tais vícios preliminares podem não ser acatados por seus pares, passa a analisar as questões relativas ao mérito da causa.

Referindo-se ao princípio de interpretação da eficácia integradora, o Ministro leciona que as normas de proteção aos índios devem ser interpretadas “em conjunto com os demais princípios e regras constitucionais, de maneira a favorecer a integração social e a unidade política em todo o território brasileiro” (BRASIL, 2009, p. 604). Nesse sentido é que chama atenção para a questão da soberania nacional, pois quer refutar uma possível mitigação. Por isso, segundo o Ministro, a questão da soberania é o “pano de fundo” (BRASIL, 2009, p. 616), apontando para uma profunda questão geopolítica: a preocupação internacional com a Amazônia. Nesse sentido, o Ministro requer a observância sob uma visão menos ingênua e romântica, a fim de que o caso seja abalizado com cuidado pela Corte. Infere-se que essa observação realizada pelo Ministro trata-se de uma possível referência ao voto do Ministro Relator, já que Marco Aurélio impugna diversos trechos da decisão para firmar seu posicionamento.

Passando à análise do processo administrativo, mais propriamente à participação deficiente de grupos e entidades, o Ministro sintoniza com as alegações da parte autora, reconhecendo a necessidade de consulta às comunidades envolvidas:

Surge incontroversa a necessidade de consulta a todas as comunidades envolvidas na demarcação. O estágio de aculturação talvez tenha avançado de tal maneira que não mais interessa o total isolamento do povo indígena, de forma a viabilizar a vida como em tempos ancestrais. Não cumprir o dever de

consulta pode vir a provocar maior lesão aos direitos humanos, pois parte-se da premissa errônea de que todas as comunidades desejam o isolamento. (BRASIL, 2009, Voto Min. Marco Aurélio, p. 633-634)

Na sequência, aponta para a irregularidade no laudo antropológico ao verificar que foi assinado por apenas uma pessoa, a antropóloga Maria Guiomar de Melo. Além disso, menciona diversas passagens em relatório realizado pela Câmara dos Deputados que verificou apenas integrantes do Conselho Indígena de Roraima fazendo parte do grupo técnico e que integrantes desse mesmo grupo, segundo perícia realizada em ação proposta na Justiça Federal de Roraima⁵⁹, não tinham ciência do teor do laudo antropológico. Por tudo isso, reconheceu as irregularidades:

Verificam-se, portanto, irregularidades no tocante ao procedimento administrativo visando a definir as terras indígenas. Não se sabe ao certo: a) as razões pelas quais o laudo foi subscrito por apenas um integrante do grupo, a Dra. Maria Guiomar de Melo - no voto do relator, está consignada a participação do antropólogo Paulo Santilli); (b) se todos efetivamente tiveram ciência de que integravam o grupo; (c) se foram ouvidas todas as etnias interessadas. (BRASIL, 2009, Voto Min. Marco Aurélio, p. 645)

Após, o Ministro passa a analisar o modo de demarcação contínuo, sob o tópico que intitula “prejuízos à economia do Estado de Roraima caso a demarcação da reserva indígena ocorra em área contínua” (BRASIL, 2009, p. 465). De plano rechaça que a demarcação em ilhas afrontaria aos direitos indígenas, consignando que não existe um modelo demarcatório definido. Faz novamente referência à instrução processual, para que se construam melhores elementos fáticos, com o fito de se reconhecer uma demarcação correta. Foram suas palavras:

[...] novamente ressalto a necessidade de se fomentar o processo de elementos fáticos imprescindíveis ao deslinde, que deveriam ter sido colhidos durante a instrução. Sou favorável à demarcação correta. E esta somente pode ser a resultante de um devido processo legal, mostrando-se imprópria a prevalência, a ferro e fogo, da óptica do resgate de dívida histórica, simplesmente histórica - e romântica, portanto, considerado o fato de o Brasil, em algum momento, haver sido habitado

⁵⁹Trata-se do Processo nº. 1999.42.00.000014-7, que tramitou perante a 1ª Vara Federal de Roraima. Disponível em: <http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?trf1_captcha_id=045628e1a6d10bb73a5047859ae49b5e&trf1_captcha=38hw&enviar=Pesquisar&proc=199942000000147&secao=RR>. Acesso em set. 2016.

exclusivamente por índios. Os dados econômicos apresentados demonstram a importância da área para a economia do Estado, a relevância da presença dos fazendeiros na região. (BRASIL, 2009, Voto Min. Marco Aurélio, p. 651)

Logo na sequência faz críticas quanto à teoria do fato indígena que foi enfaticamente esposada pelo Relator (652-653):

Difícil é conceber o chamado fato indígena, a existência de cerca de dezenove mil índios em toda a extensão geográfica da área demarcada - uma área doze vezes maior que o Município de São Paulo, em que vivem cerca de onze milhões de habitantes. Para mim o enfoque até aqui prevalecente soa desproporcional a discrepar, a mais não poder, da razoabilidade. E tudo, repito à exaustão, resultando de um processo demarcatório cujos elementos coligidos se mostram viciados, como se não vivêssemos em um Estado de Direito. Aliás, surge paradoxo no que se assenta que a posse indígena a ser reconhecida e preservada é a existente à data da promulgação da Constituição - premissa de todo harmônica com o § 1º do artigo 231 nela contido - e, em passo seguinte, desconhecendo-se o envolvimento de áreas limitadas, **conclui-se pela subsistência da demarcação contínua, com limitações à liberdade de ir e vir de brasileiros, em verdadeiro *apartheid*, com o atropelo de situações devidamente constituídas, quer por títulos de propriedade reconhecidos como de bom valor pelo Estado, quer por decisão judicial.** E tudo isso ocorre com abrangência incomum porque envolvidos índios e descendentes de índios aculturados e não povos indígenas em condições primitivas. A todos os títulos, tem-se, de um lado, situação inusitada – grande área na qual o cidadão comum não poderá entrar – e, de outro, adoção de critério que extravasa em muito o que concebido pelo Constituinte de 1998. (BRASIL, 2009, Voto Min. Marco Aurélio, p. 652-653)

Com essas linhas, o Ministro considera que grande parte dos indígenas ali presentes são aculturados e a demarcação de modo contínuo seria um retrocesso, ao passo que os isolaria ao invés de integrar. Ainda, citando as palavras do professor de Filosofia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Denis Lerrer Rosenfield, em publicação para o jornal O Estado de São Paulo, advertiu que “a demanda dos índios é por postos de saúde e não pela volta do pajé” (BRASIL, 2009, p. 655).

No que tange às faixas de fronteira, o Ministro mais uma vez discorda do proposto pelo Relator e pelo voto do Ministro Menezes Direito, entendendo pela

importância da manifestação do Conselho de Defesa Nacional, de modo que não a considera suprida.

No que tange à ofensa ao pacto federativo, afirma novamente a necessidade de citação dos entes envolvidos, sob pena de vício insanável. E, em último tópico de seu longo voto, o Ministro reconhece a legitimidade das áreas tituladas pelo INCRA, verificando que esses titulares também possuem o direito de propriedade. Para tanto, utilizou fundamento seu já exarado em outra oportunidade, conforme trechos a seguir (684-687):

Nesse ponto, valho-me do voto que proferi no julgamento do Mandado de Segurança nº 21.575-5/MS, apreciado pelo Plenário em 3 de fevereiro de 1994, quando, relator, fiquei vencido, tendo o Colegiado indeferido a ordem, ressaltando aos impetrantes o direito de buscar as vias ordinárias: "(...) Por acaso desconhecera-se títulos de propriedade compreendidos em cadeia iniciada há mais de cinquenta anos, ou seja, há mais de meio século, viabilizando-se o retorno dos silvícolas a terra ocupadas em período anterior?

A resposta é desenganadamente negativa.

É certo que o artigo 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias impôs à União o dever de concluir a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição. Todavia, ao cogitar-se dos bens da União, dentre eles incluíram-se não as terras que outrora foram ocupadas pelos silvícolas e que, por isto ou por aquilo, deixaram de sê-lo e, mais do que isso, passaram ao domínio privado, atuando como alienante o próprio Estado.

[...]

Para os fins do artigo 231 da Constituição Federal, admitiu-se não a habitação das terras indígenas em período ao menos posterior à Carta de 1967, mas até 1938. Imagine-se o que poderá vir a acontecer com áreas em que hoje existem grandes cidades e que outrora foram ocupadas por índios.

Não, a isto não conduzem os preceitos constitucionais aplicáveis à espécie. **Prevêem não a devolução das terras das quais de há muito foram retirados os indígenas e que hoje estão na titularidade de pessoas diversas, mas asseguram a permanência dos índios nas que por eles estão habitadas, podendo-se cogitar de retroação à vigência da Carta de 1967, a que pela primeira vez dispôs sobre o tema com as conseqüências drásticas acima consignadas. A retroação aos atos de 1938, com a declaração de ineficácia dos títulos formalizados e despejo sumário daqueles que nelas estão alojados, é passo demasiadamente largo, que não atende aos ditames constitucionais, especialmente quando estes também albergam o direito de propriedade**". (BRASIL, 2009, Voto Min. Marco Aurélio, p. 684-687) (grifo nosso)

Com tais posicionamentos, lamenta que seu pedido de vista não foi acatado a tempo. Foi, portanto, o nono ministro a votar, mas se o pedido de vista tivesse sido acolhido quando pleiteado – logo após o voto do Ministro Menezes Direito –, seria o terceiro votante, esposando com antecedência suas argumentações, podendo, talvez, convencer e modificar o posicionamento de um par. Foi assim que julgou procedentes os pedidos da inicial:

Julgo procedente o pedido inicial, fixando os seguintes parâmetros para uma nova ação administrativa demarcatória, porquanto nula a anterior:

- a) audiência de todas as comunidades indígenas existentes na área a ser demarcada;
- b) audiência de posseiros e titulares de domínio consideradas as terras envolvidas;
- c) levantamento antropológico e topográfico para definir a posse indígena, tendo-se como termo inicial a data da promulgação da Constituição Federal, dele participando todos os integrantes do grupo interdisciplinar, que deverão subscrever o laudo a ser confeccionado;
- d) em consequência da premissa constitucional de se levar em conta a posse indígena, a demarcação deverá se fazer sob tal ângulo, afastada a abrangência que resultou da primeira, ante a indefinição das áreas, ou seja, a forma contínua adotada, com participação do Estado de Roraima bem como dos Municípios de Uiramutã, Pacaraima e Normandia no processo demarcatório.
- e) audiência do Conselho de Defesa Nacional quanto às áreas de fronteira.

Após o voto proferido (seis horas de leitura em plenário), houve uma breve discussão entre o Relator e o Ministro Marco Aurélio, sendo importante destacar que o Ministro Relator consignou como superada a questão de ordem, de aceite dos interessados como meros assistentes e não partes da demanda, votada logo no início do julgamento. Todavia, o Ministro Marco Aurélio entendeu como não superada, pois o julgamento ainda não havia sido definitivamente concluído. Com efeito, cabe clarear que sem a resolução da questão de ordem, em definitivo, o processo não estaria apto à análise meritória. Assim, essas carências indicadas pelo Ministro Marco Aurélio seriam mais eficientes caso alegadas ao tempo da discussão de ordem. Oportunidade esta que o Ministro deixou transcorrer sem manifestação.

De todo modo, o Ministro Marco Aurélio manteve seu voto, nos termos como exposto, divergindo na Corte.

4.2.9. Voto Ministro Celso de Mello

Com as diretrizes do devido processo legal em mente, o Ministro descarta as objeções colocadas pelo autor da demanda, votando com o Relator e com o Ministro Menezes Direito, aderindo, inclusive, à teoria do fato indígena. Assim, entende hígido o laudo antropológico apresentado, o processo administrativo de demarcação, bem como as medidas fixadas pelo Ministro Menezes Direito no que tange às faixas de fronteira.

Esboça preocupação, contudo, quanto à extensão da área, pondo em questionamento o pacto federativo:

Confesso, Senhor Presidente, que me preocupava a constatação de que o Estado de Roraima havia perdido considerável base territorial, em possível violação a um dos postulados estruturantes da organização institucional do Estado brasileiro, qual seja, o princípio da Federação.

Parecia-me que Roraima estava sofrendo um sensível processo de “desestadualização”, com grave comprometimento – causado por sensível perda da base territorial – de sua própria autonomia, dada a extensão, no âmbito dessa unidade federada, de vastas áreas sujeitas ao regime de domínialidade federal [...]

A minha preocupação, Senhor Presidente, tem por fundamento a circunstância de que, tais sejam as dimensões territoriais de determinado Estado-membro, a demarcação administrativa de terras indígenas, em futuros procedimentos, poderá afetar, perigosamente, o princípio da Federação, com virtual inibição da autonomia institucional de que se acha impregnada cada uma das pessoas políticas que compõem a organização federativa em nosso sistema constitucional. (BRASIL, 2009, Voto Min. Celso de Mello, p. 736)

Pondera, por fim, a necessidade da ampla participação das unidades federadas envolvidas, inclusive com audiência pública. Mas, o Ministro encerra sua preocupação ao considerar que o Presidente da República – Luiz Inácio Lula da Silva, em 2009 –, realizou transferência domínial de uma grande área. Essa preocupação, ao que se mostra, se dissipa por uma política de reparação:

Desejo salientar, no entanto, que a preocupação que venho de mencionar no caso presente foi afastada com a recente edição, pelo Senhor Presidente da República, da MP nº. 454 e do Decreto nº. 6.754, ambos de 28/01/2009, pois, com tais diplomas normativos, viabilizou-se a transferência dominial, em favor do Estado de Roraima, de área equivalente a seis milhões de hectares, o que corresponderia, aproximadamente $\frac{1}{4}$ (um quarto) da área total do território geográfico dessa mesma unidade da Federação. (BRASIL, 2009, Voto Min. Celso de Mello, p.

Assim, votou com o Ministro Relator e Menezes Direito, julgando parcialmente procedente a ação popular proposta, aderindo às salvaguardas.

4.2.10. Voto Ministro Gilmar Mendes: criando a décima nona salvaguarda

Na sessão de 19/03/2009, antes mesmo do Ministro Gilmar Mendes proferir seu voto, o advogado Paulo Machado Guimarães requereu sustentação oral pelas partes (autor, réu e assistentes) para falarem acerca das salvaguardas do voto do Ministro Menezes Direito.

A maioria dos ministros se manifestaram pela rejeição de nova sustentação oral. Nesse sentido, inclusive, foi o Ministro Marco Aurélio, argumentando que não seria adequado reabrir a sustentação sem antes reabrir a instrução processual, além de que os demais representantes deveriam ser cientificados da reabertura da discussão, iniciando-se novamente a fase de sustentações.

O Ministro Joaquim Barbosa, por sua vez, votou acolhendo o pedido do advogado, defendendo que houve inovação radical em relação ao proposto na ação inicial e que se a Corte ao impor tais restrições, deveria, ao menos, proceder a oitiva das partes. Somente o Ministro Joaquim Barbosa se manifestou pela abertura de sustentação oral, restando vencido, prosseguindo-se o julgamento com o voto do Ministro Gilmar Mendes.

De pronto, o Ministro Gilmar Mendes assinala sua preocupação com o futuro, remetendo a tal preocupação em diversas vezes no transcorrer de seu voto.

Tanto é que ao analisar a lisura do processo administrativo de demarcação, assevera a necessidade de oitiva do Conselho de Defesa Nacional em futuras demarcações. Mas quanto à demarcação da Raposa Serra do Sol entende que o

processo demarcatório foi efetuado nos ditames legais, mesmo sem a oitiva do Conselho de Defesa Nacional, nos termos de precedente exarado pela Corte:

No MS 25.483-1/DF, Rel. Carlos Britto, DJ 14.09.2007, em que se impugnava o decreto presidencial de homologação da portaria de demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol, esta Corte afirmou o seguinte: "(...) Não há que se falar em supressão das garantias do contraditório e da ampla defesa se aos impetrantes foi dada a oportunidade de que trata o art. 9º do Decreto 1.775 (MS 24.045, Rel. Min. Joaquim Barbosa)". [...] Cumpre destacar que, naquela ocasião, o Tribunal também deixou consignado que a manifestação do Conselho de Defesa Nacional não é requisito de validade da demarcação de terras indígenas, mesmo daquelas situadas em região de fronteira.

Neste ponto, é preciso fazer um parêntese para deixar claro que não se pode dizer que esse julgamento expresse entendimento pacificado no âmbito da Corte, não passível de revisão. Consoante explicitado nas reflexões seguintes que faço sobre o tema, para as demarcações (futuras) que envolvam áreas de fronteira, a manifestação do Conselho de Segurança Nacional deve ser colhida, tendo em vista a relevância geopolítica da questão e as implicações sobre a segurança e a soberania nacionais. (BRASIL, 2009, Voto Min. Gilmar Mendes, p. 768-769) (grifo nosso)

Assim, retomando posicionamento da Corte, o Ministro entende na mesma linha do Relator pela regularidade do processo administrativo de demarcação, conquanto considere necessário observar a manifestação do CDN para o futuro.

No que concerne ao relatório antropológico apresentado, o Ministro também acompanha do Relator, entendendo que a profissional que assinou era representante do grupo técnico.

Ao analisar a impossibilidade de revisão do procedimento demarcatório, o Ministro faz alusão à segurança jurídica, proporcionando tranquilidade para os proprietários de terras contíguas às demarcadas. Faz esclarecimento ainda, dizendo que há a possibilidade de revisão caso se constate vícios insanáveis, mas não pela mera liberalidade do administrador. Cite-se trecho de seu voto:

Terminado o procedimento demarcatório, com o registro da área demarcada no Cartório de Imóveis, resta configurada a denominada coisa julgada administrativa, que veda à União nova análise da questão. No entanto, caso se faça necessária a revisão do procedimento, tendo em vista a existência de graves vícios ou erros em sua condução, será imprescindível a instauração de novo procedimento administrativo, em que sejam

adotadas as mesmas cautelas empregadas anteriormente e seja garantido aos interessados o direito de manifestação. Não se revela admissível, contudo, a revisão fundada apenas na conveniência e oportunidade do administrador público, como bem salientado no percuciente voto do Ministro Menezes Direito.

Não obstante parte considerável da jurisprudência e da doutrina entenda de forma diversa, afirmando a inexistência de coisa julgada ou preclusão no procedimento administrativo demarcatório, o entendimento aqui defendido se revela coerente com o princípio da segurança jurídica, haja vista a necessidade de se resguardar a previsibilidade das relações jurídicas e a tranqüilidade social nas áreas contíguas à demarcada. (BRASIL, 2009, Voto Min. Gilmar Mendes, p. 776)

Portanto, o Ministro consagra que as hipóteses de revisão serão excepcionais, proporcionando robustez à coisa julgada administrativa. No caso vertente, conforme assentado pelo Relator, o Ministro Gilmar Mendes entende que o procedimento demarcatório foi realizado com correção.

Ao discorrer sobre a soberania e defesa nacionais, tendo em vista parte do território encontrar-se em área de fronteira, esboça seu entendimento de que os direitos indígenas se condicionam aos interesses da soberania do país. Nesse sentido, entende que não há óbice para ingresso das Forças Armadas e da Polícia Federal na terra indígena demarcada.

Também acompanhou o voto do Ministro Menezes Direito no que se refere à proteção do meio ambiente e à faixa de fronteira, ressaltando a manifestação das comunidades indígenas como elemento adicional ao processo ambiental (retirando qualquer caráter de obrigatoriedade ou vinculação).

No que se refere à Declaração dos Povos Indígenas da ONU, anunciou que essa deve ser interpretada com o filtro constitucional, nunca se sobrepondo. Corrobore-se:

Ressalto, novamente, que as comunidades indígenas devem observar os regimes de administração especial das unidades de conservação e de faixa de fronteira nos termos da legislação federal, por serem interesses constitucionalmente estabelecidos, permitida a sua participação, ao menos por meio de consulta e manifestação, o que não importa em requisito de validade para as decisões estatais tomadas, nos termos do artigo 34 da Convenção nº 169 da OIT (A natureza e o alcance das medidas que sejam adotadas para por em efeito a presente Convenção deverão ser determinadas com flexibilidade, levando em conta as condições próprias de cada país).

Deixo claro que a Declaração dos Povos Indígenas deve se submeter ao filtro interpretativo da Constituição Federal, não pode servir de parâmetro para fomentar direitos de secessão ou autonomia política no âmbito internacional e se refere exclusivamente ao direito de autodeterminação cultural interna de seus costumes e tradições. (BRASIL, 2009. Voto Min. Gilmar Mendes, p. 805) (grifo nosso)

Também adere à teoria do fato indígena, nos moldes esposados por Menezes Direito. Quanto ao modo contínuo de demarcação, apenas esclarece que não há uma modalidade que seja sempre aplicável – por ilhas ou modo contínuo –, dependendo das características específicas da área e do povo indígena, considerando seus usos, costumes e tradições.

Mas o destaque de seu voto está no que se refere à fidelidade federativa. Nesse ponto o Ministro discorda da argumentação do Relator, ressaltando que a competência demarcatória da União deve ser exercida com participação efetiva dos demais entes envolvidos:

Peço vênua ao Ministro Carlos Britto para, neste ponto, discordar de seu voto, na parte em que entende que a competência da União deve ser exercida contra os Estados e Municípios.

A afetação do território de uma unidade federada precisa ter realmente um referencial jurídico sério. **É preciso que, mais do que o direito de participação, de ser ouvido, se assegure lugar neste grupo aos Estados e Municípios afetados pela demarcação.**

Entendo que a competência da União deve ser exercida com a participação efetiva dos Estados e Municípios abrangidos pela área a ser demarcada. Participação que, como consignado pelo Ministro Menezes Direito, é obrigatória, devendo ocorrer "sobre o estudo de identificação, sobre a conclusão da comissão de antropólogos e sobre o relatório circunstanciado do grupo técnico (art. 2º, § 6º), sem prejuízo do disposto no § 8º do art. 2º do Decreto nº 1.775/96". (BRASIL, 2009. Voto Min. Gilmar Mendes, p. 822) (grifo nosso)

Veja-se que, conquanto ressalte tal discordância, não implica ao seu entendimento qualquer irregularidade no caso em análise, ou seja, não faz indicações de que no processo demarcatório da Raposa Serra do Sol haveria irregularidade nesse sentido.

Mas sua argumentação é pertinente ao passo que, com ela, passa a criar a décima nona salvaguarda, juntando-a com as demais proferidas pelo Ministro Menezes Direito:

Chego, então, a essas conclusões, nas linhas básicas daquilo que foi defendido no voto do Ministro Ayres Britto, com os aditamentos do voto do Ministro Menezes Direito, **inclusive para explicitar que a competência da União para a demarcação das terras indígenas tem que ser exercida em conformidade com o princípio da fidelidade à federação, sendo obrigatória a efetiva participação dos Estados e Municípios, em todas as fases do procedimento, observadas as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.** [...]

Ante o exposto, voto pela parcial procedência da ação, na linha do voto proferido pelo Ministro Carlos Britto, com as observações constantes do voto do Ministro Menezes Direito, **acrescentando às condições estabelecidas a obrigatoriedade de participação efetiva dos Estados e Municípios no procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas.**(BRASIL, 2009. Voto Min. Gilmar Mendes, p. 831-832) (grifo do autor)

Com essas ponderações, indicando o acréscimo de nova diretriz, proferiu seu voto e o Plenário passou a analisar os ajustes pertinentes às salvaguardas, conforme tarefa do tópico a seguir.

4.2.11. Ajustes das salvaguardas

Importante discussão quando dos ajustes, referiu-se à força do item XVII, o qual tinha como redação a proibição de ampliação de áreas já demarcadas. Neste aspecto, discutiu-se sobre o marco temporal reconhecido pela maioria dos ministros, estabelecendo-se, por concordância da maioria, que a posse das terras tradicionalmente ocupadas são verificadas na data da promulgação da Constituição, ou seja, possui como marco temporal a data de 05 de outubro de 1988.

Surgiu o entendimento de que essa condição dava ensejo à ampliação das áreas demarcadas antes da Constituição Federal de 1988, resguardando da ampliação apenas as posteriores. Tal raciocínio foi levantado pelo Advogado Geral da União, na época o Sr. José Antônio Dias Toffoli⁶⁰.

Quanto a essa condição, a Ministra Cármen Lúcia manifestou-se pela exclusão, pois segundo seu entendimento, tal condição já era regra constitucional, não precisando repeti-la. Também rejeitaram essa salvaguarda os Ministros Carlos

⁶⁰Atualmente, José Antônio Dias Toffoli compõe o STF; foi nomeado Ministro pelo Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, em 2009. Cf informação disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/ministro/ministro.asp?periodo=stf&tipo=nomeados&idNomeado=1>> Acesso em set. 2016.

Ayres Britto e Eros Grau. Contrariamente, o Ministro Menezes Direito fez questão de acentuar que tal condição deveria constar, pois serviria para o futuro, já que, segundo ele, “a ideia da Corte foi a de criar [...] um modelo próprio de demarcação de terras indígenas” (BRASIL, 2009, p. 848).

Ainda, lembre-se que o Ministro Joaquim Barbosa discordou de todas as salvaguardas. Todavia, a maioria consentiu para que as salvaguardas, conforme postas pelo Ministro Menezes Direito, prosseguissem, inclusive com o acréscimo daquela sugerida por Gilmar Mendes. Destarte, restaram assentadas dezenove salvaguardas, com a seguinte redação:

(i) o usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas (art. 231, § 2º, da Constituição Federal) pode ser relativizado sempre que houver, como dispõe o art. 231, § 6º, da Constituição, relevante interesse público da União, na forma de lei complementar; (ii) o usufruto dos índios não abrange o aproveitamento de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional; (iii) o usufruto dos índios não abrange a pesquisa e lavra das riquezas minerais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional, assegurando-se-lhes a participação nos resultados da lavra, na forma da lei; (iv) o usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a faiscação, devendo, se for o caso, ser obtida a permissão de lavra garimpeira; (v) o usufruto dos índios não se sobrepõe ao interesse da política de defesa nacional; a instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico, a critério dos órgãos competentes (Ministério da Defesa e Conselho de Defesa Nacional), serão implementados independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI; (vi) a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica assegurada e se dará independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI; (vii) o usufruto dos índios não impede a instalação, pela União Federal, de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além das construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e educação; (viii) o usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade; (ix) o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área da unidade de conservação também afetada pela terra indígena com a participação das comunidades indígenas, que deverão ser ouvidas, levando-se em conta os usos, tradições e costumes

dos indígenas, podendo para tanto contar com a consultoria da FUNAI; (x) o trânsito de visitantes e pesquisadores não-índios deve ser admitido na área afetada à unidade de conservação nos horários e condições estipulados pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade; (xi) devem ser admitidos o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios no restante da área da terra indígena, observadas as condições estabelecidas pela FUNAI; (xii) o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios não pode ser objeto de cobrança de quaisquer tarifas ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas; (xiii) a cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza também não poderá incidir ou ser exigida em troca da utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou de quaisquer outros equipamentos e instalações colocadas a serviço do público, tenham sido excluídos expressamente da homologação, ou não; (xiv) as terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que restrinja o pleno exercício do usufruto e da posse direta pela comunidade indígena ou pelos índios (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, caput, Lei nº 6.001/1973); (xv) é vedada, nas terras indígenas, a qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas, a prática de caça, pesca ou coleta de frutos, assim como de atividade agropecuária ou extrativa (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, § 1º, Lei nº 6.001/1973); (xvi) as terras sob ocupação e posse dos grupos e das comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto nos arts. 49, XVI, e 231, § 3º, da CR/88, bem como a renda indígena (art. 43 da Lei nº 6.001/1973), gozam de plena imunidade tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos, taxas ou contribuições sobre uns ou outros; (xvii) é vedada a ampliação da terra indígena já demarcada; (xviii) os direitos dos índios relacionados às suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis (art. 231, § 4º, CR/88); e (xix) é assegurada a participação dos entes federados no procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas, encravadas em seus territórios, observada a fase em que se encontrar o procedimento. (BRASIL, 2009, Extrato de Ata, p. 879-880)

Com esse novo modo decisório, estabelecendo diretrizes para o futuro, restou decidida a causa da terra indígena Raposa Serra do Sol. Após esses detalhamentos que foram fundamentalmente necessários para o estudo de caso do acórdão em Petição de Ação Popular nº. 3.388/RR, discorre-se sobre os tensionamentos encontrados, sem antes, porém, manifestar breve contextualização do case ocorrida em 2013.

4.2.12. Breve adendo: embargos de declaração julgados em 2013

Em 2013 foram analisados pelo STF sete Embargos de Declaração opostos em face da decisão que, por maioria, concedeu parcial procedência à Petição nº. 3.388 em Ação Popular, estabelecendo condicionantes para seu cumprimento.

A Corte, quando da análise dos Embargos, possuía outra composição ministerial, funcionando como relator desses Embargos o Ministro Roberto Barroso, pois sucessor do Ministro Carlos Ayres Britto, que foi aposentado compulsoriamente⁶¹ em 2012. Desses sete Embargos, pertinente a pontuação feita durante a apreciação daquele oposto pelo Ministério Público Federal, a fim de dar a contextualização do que foi entendido pela própria Corte após anos do julgamento.

Nos Embargos Declaratórios do MPF (BRASIL, 2013) alegou-se que não poderia o STF traçar parâmetros abstratos de conduta, sendo que tais condições não foram objeto de discussão durante a demanda, não sendo objeto de contraditório, atuando o Judiciário como evidente legislador. Asseverou o MPF que caberia ao legislador, que foi devidamente legitimado pelo voto popular, expedir normas gerais e abstratas. Tal referência se deve às condições estabelecidas ao final do julgamento, exaradas no voto do Ministro Menezes Direito, acrescida de condição sugestionada pelo Ministro Gilmar Mendes.

O Ministro Relator Roberto Barroso explicou que tais condicionantes não possuem força vinculante, já que instâncias inferiores não estão obrigadas a julgar conforme este entendimento. Todavia, acrescentou que a ausência da vinculação não impede que a Corte construa o sentido constitucional da norma, estabelecendo diretrizes que, por sua vez, são observadas pelo Judiciário e pelo Poder Público.

Dessa forma, enfatizou o Relator dos Embargos que apesar das diretrizes visarem a efetividade na execução do caso específico da terra indígena Raposa Serra do Sol, verifica-se a intenção de interpretação dos sentidos das normas constitucionais, que orientam o julgamento nas instâncias inferiores. Deste modo, não seria por isso que o Tribunal estaria atuando como um legislador negativo.

⁶¹A aposentadoria compulsória se deu pela completude dos 70 anos de idade. Cf. artigo 40, §1º, II da Constituição Federal (redação dada pela EC 29/1998). Atualmente, com a redação da EC88/2015, a aposentadoria compulsória se dá aos 75 anos de idade.

4.2.13. Colhendo tensões

Como visto, o segundo *case* apresentado é proveniente de julgamento cuja competência é ordinária do STF (funcionando, portanto, como instância primeira, original). A intenção dessa escolha, além do julgado ter sido emblemático, é demonstrar que a atuação inclinada ao ativismo judicial ou à judicialização da política não está necessariamente adstrita ao controle de constitucionalidade (*judicial review*). Assim, pode-se inferir da análise de uma demanda que seu resultado é tão ativo quanto àquele proferido em sede de revisão judicial.

Para se chegar à tensão principal deste julgado – referentes às salvaguardas, ao menos sob a visão deste estudo –, insta percorrer os parâmetros de autocontenção que se percebe utilizados, tudo conforme àqueles critérios dispostos no capítulo 3, com base na exposição de Sarmiento e Neto. Rememore-se que os critérios são empregados para afastar a dificuldade contramajoritária, ou seja, uma efetiva tensão entre o direito constitucional – ou realmente à corrente (neo)constitucionalismo existente – e a democracia.

Assim, de pronto, há indicativo do uso do critério referente ao grau da legitimidade democrática do ato normativo. Todavia, neste caso há exigência de adaptação, pois o que se contesta na demanda é o ato demarcatório, ou seja, um ato administrativo formado após todo o trâmite de um processo de demarcação.

Portanto, substituindo o ato normativo pelo ato administrativo, há que se refletir sobre o grau de sua legitimidade democrática. Com efeito, o ato administrativo nasceu de um processo administrativo-burocrático, regido por normas processuais, após grande tempo de discussão entre as partes envolvidas e interessadas: União (representada pelo governo federal), FUNAI, comunidades indígenas, proprietários de terras lindeiras (dentre eles rizicultores), Estado de Roraima e municípios que abrangem a área da reserva.

Assim, não se pode dizer que o ato foi discutido no seio da sociedade como um todo, como na feitura de um ato legislativo, mas sim que foi discutido, ao menos no plano do “dever ser” – isso porque os posicionamentos dos ministros revelam discordância quanto à lisura do processo – pelos interessados diretamente ao caso. Esse tipo de processo está elencado na seara administrativa (Executiva) do Estado, visando a resolução de questões controversas entre particulares e a Administração Pública. Obedece à estrutura estatal e possui resultado proveniente do chefe do

Executivo, pois, ao final, foi expedido Decreto para homologação da demarcação. Embora a própria administração pública seja parte diretamente interessada, é ela quem profere a decisão. Mas essa é uma decorrência lógica da competência estatal – no caso em apreço, competência para processamento pela União, com competência privativa do Presidente da República para expedir o decreto homologatório –, conforme normatizado pela Constituição Federal.

Diante desta estrutura reconhecida pela ordem constitucional, bem como diante de uma possível discussão pelas partes interessas no processo administrativo, pode-se afirmar que há presunção de legitimidade democrática no ato, pois produzido segundo regras procedimentais. Quanto ao grau da legitimidade, há forte indício de uma presunção moderada, em vista do âmbito e amplitude que se deu à discussão. Verifica-se uma presunção e um grau comum.

Nessa esteira, observa-se, conforme o detalhamento realizado, que dada a moderação do grau de legitimidade do ato, ele foi amplamente discutido na demanda, principalmente no que se refere à participação do Estado de Roraima no processo demarcatório e à confecção do laudo antropológico elaborado pela FUNAI, com a assinatura de somente um profissional, quando se deveria observar o trabalho de toda uma equipe selecionada para trabalhar no levantamento antropológico. Inclusive, essa discussão não formou uma unanimidade na votação, mas a maioria dos ministros se manifestou favorável ao processo que resultou da homologação.

A par dessa presunção, outro parâmetro que reforça a autocontenção está atrelada à capacidade institucional do órgão formador do ato administrativo que estende-se até a homologação da demarcação. Isto é, o parâmetro importa análise em vista de recomendar autocontenção quando o órgão que proferiu o ato possui *expertise* para tomar decisões atreladas a determinada temática. No caso em apreço, o conhecimento específico contestado novamente traz à tona o laudo antropológico.

O estudo antropológico formado no processo foi analisado, segundo as argumentações expendidas pelos ministros, no que tange aos preceitos formais. O conteúdo que o estudo realiza, em si, não foi objeto de debate em seu âmago (não houve discordância quanto a existência ou não de costume indígena em certa região, por exemplo), apenas em aspectos formais. Por isso, percebe-se uma postura, de forma geral, mais restritiva do Tribunal neste aspecto.

Com esses parâmetros limitadores ao ativismo e judicialização da política sendo aplicados ao caso vertente, verifica-se na Corte, num primeiro enfoque, um enquadramento daquilo que Dahl chamou de órgão de legitimação.

Isso porque na composição da Corte quando do julgamento, dos 11 ministros, 7 foram nomeados pelo Presidente em exercício à época, Luiz Inácio Lula da Silva. Os 7 são: Carlos Ayres Britto (Relator – nomeado em 2003), Menezes Direito (trouxe à baila as salvaguardas – foi nomeado em 2007), Cármen Lúcia (nomeada em 2006), Ricardo Lewandowski (nomeado em 2006), Eros Grau (nomeado em 2004), Joaquim Barbosa (nomeado em 2003) e Cezar Peluso (nomeado em 2003)⁶².

Dahl, como visto no capítulo 3, ao analisar a Corte Suprema dos Estados Unidos, apontou uma falsa dificuldade contramajoritária, ao passo que percebeu que o órgão, em verdade, estava alinhado ao regime dominante, conferindo legitimação às políticas implementadas pela maioria.

Nesse sentido, trazendo as lições e observações de Dahl para reflexão ao caso em apreço, infere-se que há uma certa legitimação do regime dominante no caso da Raposa Serra do Sol. Isso porque os ministros nomeados pelo Presidente em exercício à época, somaram a maioria e consideraram constitucional o processo demarcatório, bem como o despacho 534/2005 e o Decreto expedido pelo Presidente em 15 de abril de 2005.

Destes sete, apenas o Ministro Joaquim Barbosa julgou totalmente improcedente a Ação Popular proposta, não acolhendo as salvaguardas instituídas pelo Ministro Menezes Direito e, após, complementadas pelo Ministro Gilmar Mendes.

Assim, com a reflexão baseada em Dahl, acrescida da preponderância de dois parâmetros autoconstritivos, numa primeira análise, pode-se dizer que o STF não apresentou traços de ativismo e judicialização da política, aplicando-se a terceira hipótese apontada para o estudo.

Todavia, o julgamento revela uma alta complexidade argumentativa e o posicionamento de cada julgador individualmente considerado mostra uma outra faceta que não a do órgão legitimador.

⁶²Cf. informação colhida no sítio eletrônico do STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/ministro/ministro.asp?periodo=stf&tipo=quadro>> Acesso em set. 2016.

Acrescido a isso, consta-se a presença de outro parâmetro de autocontenção, que atua de forma inversa, ou seja, impulsionando um certo ativismo: a proteção de minorias estigmatizadas.

Os indígenas e as terras que ocupam são os atores em discussão no julgamento. O reconhecimento da ocupação tradicional, bem como do próprio direito à terra, proporcionando ao indígena uma vivência de acordo com suas práticas culturais, costumes e usos revela um pleito de reconhecimento da dignidade humana do índio, como brasileiro que é e, em uma análise mais distante, o atendimento à finalidade da democracia, qual seja a busca por um *status* de igualdade.

A igualdade, conforme orienta Dworkin, é condição democrática, a qual pode-se entender como modo viabilizador de atuação ativa do Poder Judiciário. Ao lado desse núcleo, a demanda também mostra faceta política, ao passo que o Estado-Membro contesta prejuízo em sua autonomia política no reconhecimento do direito indígena, pois sofre considerável redução de área, além de não ter participado do processo demarcatório de modo satisfativo, já que capitaneada pela União.

Assim, o pacto federativo e a própria divisão dos poderes entram em choque com a necessidade de reconhecimento de direito indígena. Para solver a problemática são adotados vários argumentos de princípio, trazendo para perto os pressupostos teóricos da democracia substancial desenvolvida por Dworkin.

Nesse passo, o debate principiológico resta evidenciado no diálogo entre os votos dos ministros, principalmente quando confrontados com o voto divergente do Ministro Marco Aurélio. A adoção em massa da teoria do fato indígena, qual seja aquela que apregoa a averiguação da posse de terra indígena tradicionalmente ocupada quando da promulgação da Constituição Federal de 1988, desenvolve a argumentação principiológica de valores criados pela Constituição, com sobreposição sobre qualquer outro, inclusive de cunho internacional.

Segundo Dworkin, na substancial democracia os argumentos de princípio prevalecem sobre os argumentos de política. O pacto federativo, é entendido por este estudo como um argumento de política, em vista da referência que faz para conservação do Estado soberano, com a autonomia que confere a cada ente. Já o direito ao reconhecimento à demarcação da terra indígena e os direitos dos índios de dignidade humana daí decorrentes são compreendidos como argumentos de princípio, pois atrelados a um rol de direitos constitucionalmente firmados.

Nessa tensão, houve a preponderância dos argumentos de princípio pelas razões trazidas pelos julgadores. Evidente que não ocorreu uma unanimidade nessa argumentação, mas foi tese abraçada pela maioria.

Nessa toada, a tensão se revela tendente à aceitação de uma substancial democracia, mas se confunde ou se mistura com a teoria do órgão legitimador, em vista da composição da Corte e do referendo à política dominante.

Mas, a principal tensão que este estudo encontra e que responde à caracterização do posicionamento adotado pelo STF, está exatamente no estabelecimento de salvaguardas ou como chamaram alguns ministros, “achegas”, as quais foram verdadeiras condições e diretrizes para efetivação da demarcação, bem como normatização para casos futuros.

A técnica das salvaguardas, por todo o exposto acima, bem como pelo que se detalhou na análise do julgado, é de destaque essencial, pois utilizou-se de uma espécie de “sentença aditiva”, com características incomuns.

Em uma breve definição, Luiz Henrique Boselli de Souza aduz que:

Sentenças aditivas são aquelas que, diante de uma norma que fere o princípio da igualdade, declaram a inconstitucionalidade da norma ou de um seguimento dela, tendo em vista todos os valores constitucionais envolvidos, e criam meios para restabelecer a igualdade ferida. (SOUZA, 2013, p. 103-104)

Com efeito, é admissível pela Corte Constitucional certo grau decisório de sentença aditiva, principalmente no que atine no controle de constitucionalidade, modulando os efeitos da decisão (ou seja, como serão interpretados os casos para o futuro). Todavia, o modo como utilizado no caso vertente, pretendeu-se efetivamente suprir qualquer omissão legislativa e, inclusive, constitucional.

Uma ação se limita ao seu pedido exposto em petição inicial. No caso da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, o pedido declinado requeria a suspensão liminar da Portaria 534/2005 e do Decreto homologatório de 15 de abril de 2005, bem como, no mérito, a declaração de nulidade da portaria. O que se entregou na decisão foi uma parcial procedência, declarando constitucional a demarcação contínua e determinando a observação das dezenove salvaguardas.

A desconfiança do Ministro Relator Carlos Ayres Britto de que se estaria verificando uma decisão *extra petita*, foi trazida à baila, mas sob a justificativa de se

conferir efetividade e executabilidade à decisão, foram mantidas as dezenove condições.

Com efeito, a decisão apresenta-se mais ampla que o pedido, avançando em seara legislativa. Eis que se mostra a principal tensão: sob uma argumentação principiológica avança-se em competência legislativa, colocando frente a frente valores impulsionados por uma doutrina neoconstitucionalista e valores democráticos, que preceituam o próprio funcionamento do Estado.

Essa tensão é amenizada na decisão de Embargos, em que o Ministro Luís Roberto Barroso profere que as condicionantes não tem efeito vinculante e que as instâncias inferiores não estão obrigadas a julgar conforme o entendimento lá proferido. Mas, conforme detalhado até aqui, o que se viu foi a afirmação dos ministros de que se estaria a delimitar parâmetros para serem observados no futuro. Inclusive, o Ministro Menezes Direito acentua que “a ideia da Corte foi a de criar [...] um modelo próprio de demarcação de terras indígenas” (BRASIL, 2009, p. 848). Assim, em um primeiro vislumbre, coadunou-se a hipótese III proposta neste estudo. Todavia, averiguou-se um alto grau de ativismo e judicialização na decisão, em vista da aplicação de técnica decisória inovadora, tal como a sentença aditiva. As salvaguardas delineadas como diretrizes para o usufruto da terra, bem como para observância aos procedimentos de demarcação futuros, retratam uma tensão em face dos próprios parâmetros democráticos de divisão de poderes, inclusive estatuídos constitucionalmente. Estaria o STF “legislando” por meio dessa decisão? Ao que se concebe neste estudo, sim. Por isso, a hipótese III foi parcialmente rechaçada, subsistindo, porém, com a hipótese I.

Embora realmente não se verifique o efeito vinculante, por todo quanto exposto pelos ministros nas decisões resta assentada a intenção da prospecção das salvaguardas, numa postura de ativismo judicial em fato de judicialização da política.

4.3. Case Hospital Dom Malan/PE: em busca de recursos para a saúde pública

A decisão em debate, trata-se de julgamento, assim como no caso da demarcação de terra indígena Raposa Serra do Sol, proferido fora do controle concentrado de constitucionalidade, mas na atuação ordinária do Supremo. Isto

porque é uma decisão proferida em sede de Ação Civil Pública (mais precisamente em Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº. 47/PE).

A Ação Civil Pública, proposta pelo Ministério Público Federal e Estadual em face da União, do Estado de Pernambuco e do Município de Petrolina, objetivava a adoção de medidas administrativas (obrigação de fazer) para a melhoria no funcionamento do Hospital Dom Malan, cada ente em seu âmbito de atuação, a fim de assegurar um atendimento efetivo e seguro aos usuários do Sistema Único de Saúde (SUS).

Na inicial de Ação Civil Pública, argumentou-se que em virtude de matéria exibida em jornal televisivo noticiando a ausência de médicos na UTI (Unidade de Terapia Intensiva) do Hospital Dom Malan, instituição necessária no Sistema Único de Saúde em Petrolina/PE, bem como após o colhimento de declarações junto à Delegacia de Polícia, iniciou-se procedimento de investigação, em que foram requisitados vários documentos.

Após verificação das irregularidades no hospital pelo Ministério Público, concluindo-se pela ausência de condições básicas para um bom funcionamento hospitalar, ingressou-se com Ação Civil Pública para tomada de medidas administrativas urgentes.

Em análise de antecipação de tutela, o juiz federal da 8ª Vara Federal de Petrolina/PE concedeu a liminar, determinando:

Diante do exposto, concedo as liminares postuladas em desfavor do Município de Petrolina, determinando que este tome as seguintes providências: a) regularize a escala médica do ambulatório e dos plantonistas, principalmente os da UTI, com a imediata instituição e utilização de livro de ponto; b) proceda a imediata vedação do modelo de sobre-aviso; c) normalize o atendimento das especialidades de neurologia, traumatologia e ortopedia; d) regularize dos serviços laboratoriais, passando a realizar todos os exames; e) instale novos leitos; f) efetue inventário e tombamento de todo o patrimônio do HDM, bem como o atualize anualmente, ante a insuficiência do que foi apresentado às fls. 474/475, no prazo de 120 dias; g) institua mecanismos alternativos de controle externo dos serviços, possibilitando que queixas e sugestões dos usuários cheguem até os escalões de decisão do hospital de maneira rápida e direta; e h) proceda a gestão de material organizada e efetiva, principalmente de medicamentos, tudo em total consonância com os exatos termos dos requerimentos formulados às fls. 23/24, sob pena de multa diária que fixo no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais).

Concedo ainda, embora parcialmente, as liminares postuladas em desfavor da União e do Estado de Pernambuco, determinando que tais entes adotem todos os meios necessários para auxiliar o Município de Petrolina no cumprimento das medidas contra ele deferidas, à exceção daquela contida no item "g", por tratar-se de providência exclusivamente administrativa como já explicado, o que deve ser cumprido sob pena de multa diária de 1.000,00 (mil reais). Em consequência, indefiro as preliminares de ilegitimidade passiva, bem como o pedido da União para figurar no pólo ativo da relação processual. (PERNAMBUCO, 2004, online) (grifo nosso)

Com isso, o Estado de Pernambuco recorreu da decisão, interpondo Agravo ao Tribunal Regional Federal da 5^o Região, requerendo a suspensão da liminar deferida.

O Tribunal Regional Federal da 5^a Região negou a suspensão da liminar. Disto, o Estado de Pernambuco recorreu ao STF realizando novo pedido de suspensão de liminar. O Presidente do STF à época (2005), Ministro Nelson Jobim, competente para analisar o pedido, igualmente indeferiu o pedido de suspensão.

Após, o Estado de Pernambuco interpôs Agravo Regimental da decisão do Presidente da Corte.

A decisão foi analisada pelo Tribunal Pleno, em 17 de março de 2010, restando indeferido o pleito de suspensão, por unanimidade de votos, conforme se verifica no tópico a seguir.

4.3.1. Voto do Relator

Na data de julgamento (17 de março de 2010), estava à frente da Presidência do STF o Ministro Gilmar Mendes, que foi também o relator no presente caso, proferindo o voto que foi seguido pela unanimidade dos ministros. Pela relevância do tema, pois envolve a concretização do direito à saúde, o Presidente optou por analisá-la amplamente.

A par disso, mencionou que para realização da análise levou em consideração os dados colhidos na Audiência Pública sobre a saúde, realizada no STF nos dias 27, 28 e 29 de abril e 4, 6, e 7 de maio de 2009.

O Ministro expendeu várias análises antes de concluir o seu voto, gerando suas fundamentações. Com base nisso, trouxe à baila a divergência que ocorre quanto à efetivação do direito à saúde, principalmente no que tange à natureza

prestacional do direito e a compatibilização dos princípios do “mínimo existencial” e “reserva do possível” (BRASIL, 2010, p. 8).

Nesse sentido, passou a analisar a questão referente à judicialização, principalmente no que toca aos direitos prestacionais (ou positivos), pois exigem implementação pelo Estado:

Embora os direitos sociais, assim como os direitos liberdades individuais, impliquem tanto direitos a prestações em sentido estrito (positivos), quanto direitos de defesa (negativos), e ambas as dimensões demandem o emprego de recursos públicos para a sua garantia, é a dimensão prestacional (positiva) dos direitos sociais o principal argumento contrário à sua judicialização.

A dependência de recursos econômicos para a efetivação dos direitos de caráter social leva parte da doutrina a defender que as normas que consagram tais direitos assumem a feição de normas programáticas, dependentes, portanto, da formulação de políticas públicas para se tornarem exigíveis. Nesse sentido, também se defende que a intervenção do Poder Judiciário, ante a omissão estatal quanto à construção satisfatória dessas políticas, violaria o princípio da separação dos Poderes e o princípio da reserva do financeiramente possível. (BRASIL, 2010, Voto Min. Rel. Gilmar Mendes, p. 9-10)

Envolvendo critérios distributivos, o Relator e Presidente, argumenta que os direitos sociais levam em consideração as necessidades específicas de cada cidadão, mas com as limitações financeiras do Estado, sendo necessárias escolhas determinadas, alocativas. Assevera:

[...] Essas escolhas seguiriam critérios de justiça distributiva (o quanto disponibilizar e a quem atender), configurando-se como típicas opções políticas, as quais pressupõem “escolhas trágicas” pautadas por critérios de macrojustiça. É dizer, a escolha da destinação de recursos para uma política e não para outra leva em consideração fatores como o número de cidadãos atingidos pela política eleita, a efetividade e a eficácia do serviço a ser prestado, a maximização dos resultados etc. (BRASIL, 2010, Voto Min. Rel. Gilmar Mendes, p.10)

Neste enredo de verificação, rememorando a obra de Gustavo Amaral, “Direito, Escassez e Escolha”, aponta em direção às argumentações que entendem o Poder Judiciário como apto a concretizar justiça *in concreto* ou microjustiça, não tendo condições de “analisar as consequências globais da destinação de recursos

públicos em benefício da parte, com invariável prejuízo para o todo” (BRASIL, 2010, p11).

Mas, em outra vertente de argumentação, alocada pela atuação do Poder Judiciário na efetivação de direitos sociais, o Ministro verifica também que, de forma especial, o direito à saúde é patente ao cumprimento do princípio da dignidade da pessoa humana, compondo, assim, num núcleo essencial do mencionado direito, um “mínimo existencial” (BRASIL, 2010, p. 11), devendo ser objeto da prestação judicial.

Reconhece a densidade do tema:

O fato é que o denominado problema da “judicialização do direito à saúde” ganhou tamanha importância teórica e prática, que envolve não apenas os operadores do direito, mas também os gestores públicos, os profissionais da área de saúde e a sociedade civil como um todo. Se, por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania, por outro as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão entre os elaboradores e os executores das políticas públicas, que se veem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área de saúde e além das possibilidades orçamentárias. (BRASIL, 2010, Voto Min. Rel. Gilmar Mendes, p. 11-12)

O Ministro arremata que diante dessas nuances os casos concretos necessitam ser resolvidos atentando-se às diversas perspectivas que enlaça, com a ponderação e cotejo das “relações conflituosas entre princípios e diretrizes políticas ou, em outros termos, entre direitos individuais e bens coletivos” (BRASIL, 2010, p. 13).

Ressaltada a tensão envolvendo direitos constitucionalmente previstos, bem como qualidades inerentes ao Estado Democrático de Direito, faz exame do artigo 196⁶³ da Constituição, cuja redação dispõe sobre o direito à saúde, examinando parte a parte, com o fito de identificar os limites e possibilidades de implementação deste direito.

No que pertine em ser um direito de todos, lembrou as colocações do Ministro Celso de Mello, no AgR-RE nº. 271.286-8/RS, ao analisar a dimensão individual do direito à saúde, acolhendo o “direito à saúde como um direito público

⁶³Cf. redação legal: Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

subjetivo assegurado à generalidade das pessoas, que conduz o indivíduo e o Estado a uma relação jurídica obrigacional” (BRASIL, 2010, p 15). Mas também reconheceu que existe “um direito público e subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde” (BRASIL, 2010, p. 15-16), sobressaltando a tensão existente no caso vertente.

Ao verificar o elemento dever do Estado, conferiu robustez à responsabilidade solidária e subsidiária⁶⁴ dos entes. Todavia, também consignou que o Estado⁶⁵ deve observar “a estabilidade dos gastos com a saúde e, conseqüentemente, para a captação de recursos” (BRASIL, 2010, p.17).

Pontou, como outra elementar, no que atine à garantia mediante políticas sociais e econômicas, que é aí que surge a necessidade de formulação de políticas públicas aptas para concretização do direito. Nesse mesmo sentido, ressaltou como elemento, as políticas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos, indicando a necessidade de uma dimensão preventiva das políticas de saúde (BRASIL, 2010, p 19).

E corroborando com essas elementares, diante do texto constitucional que prevê um sistema universal de acesso aos serviços públicos, pautou-se o caráter programático dado às políticas que visem o acesso universal e igualitário à saúde, para alcance da população como um todo. Essa disposição, segundo o Ministro, reforça a responsabilidade solidária dos entes da federação.

Como sexto e último elemento, o qual destacou serem as ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde, destacou:

O estudo do direito à saúde no Brasil leva a concluir que os problemas de eficácia social desse direito fundamental devem-se muito mais a questões ligadas à implementação e à manutenção das políticas públicas de saúde já existentes – o que implica também a composição dos orçamentos dos entes da federação – do que à falta de legislação específica. Em outros termos, o problema não é de inexistência, mas de execução (administrativa) das políticas públicas pelos entes federados. (BRASIL, 2010, Voto Min. Rel. Gilmar Mendes, p. 20)

⁶⁴ Em uma explicação simplificada, a solidariedade atribui aos três entes (União, Estado e Município) a responsabilidade pelas condições de saúde pública no Hospital Dom Malan. A subsidiariedade, por sua vez, limita a verificação da responsabilidade à esfera de competência de cada um dos entes.

⁶⁵Referindo-se ao Estado Soberano.

Com a ponderação de que o problema é a efetividade e a prática real das políticas públicas, pautando-se na crescente controvérsia jurídica acerca das decisões judiciais determinarem o fornecimento de medicamentos e tratamentos, foi que o Ministro Gilmar Mendes convocou audiência pública para que a discussão se desse com a opinião de especialistas em Saúde Pública, além de entidades e organismos da sociedade civil.

Com base nas informações apresentadas em audiência pública, o Ministro fez os seguintes destaques:

Após ouvir os depoimentos prestados pelos representantes dos diversos setores envolvidos, ficou constatada a necessidade de se redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde no Brasil. Isso porque, na maioria dos casos, a intervenção judicial não ocorre em razão de uma omissão absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas tendo em vista uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas. Portanto, não se cogita do problema da interferência judicial em âmbito de livre apreciação ou ampla discricionariedade de outros Poderes quanto à formulação de políticas públicas.

Esse foi um dos primeiros entendimentos que sobressaiu nos debates ocorridos na Audiência Pública – Saúde: no Brasil, o problema talvez não seja de judicialização ou, em termos mais simples, de interferência do Poder Judiciário na criação e implementação de políticas públicas em matéria de saúde, pois o que ocorre, na quase totalidade dos casos, é apenas a determinação judicial do efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes.(BRASIL, 2010, Voto Min. Rel. Gilmar Mendes, p. 22) (grifo do autor)

Assim, consignou que o primeiro dado a ser verificado é a existência ou não de política estatal na dimensão da saúde pleiteada. Ou seja, se a prestação de saúde pública está incluída entre as políticas sociais e econômicas do Sistema Único de Saúde. Em decorrência disso, se não houver a política pelo SUS, deve-se verificar o porquê da sua não ocorrência, se decorrente de “(i) uma omissão legislativa ou administrativa, (2) de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou (iii) de uma vedação legal a sua dispensação” (BRASIL, 2010, p. 23). E nesse aspecto, relembra que o Estado não pode fornecer prestação de saúde não

registrada na ANVISA (condição necessária para assegurar a segurança e benefício do fármaco)⁶⁶.

Em caso de existência de motivação para não fornecimento pelo SUS, o Ministro esclarece que deve-se analisar os desdobramentos ou motivações dessa negativa: se o SUS fornece atendimento alternativo ou se ele não tem tratamento específico. Em caso de tratamento alternativo, deve-se verificar se é impróprio ou ineficaz para sopesar o pedido pleiteado, podendo o Judiciário decidir pela medida diferente da custeada pelo SUS. Não existindo tratamento, deve-se distinguir se os existentes são experimentais ou não disponíveis pelo SUS, atentando-se em privilegiar a melhor distribuição de recursos públicos e a segurança dos pacientes.

Com essas ponderações, o ministro retorna especificamente ao caso em análise:

A decisão em apreço convocou os entes da federação a cumprir as obrigações que lhes são constitucionalmente determinadas, diante da constatação de deficiências concretas na prestação dos serviços por uma unidade de saúde específica, entre as quais cito: ausência de médicos de plantão na UTI; falta de medicamentos, materiais e estruturas para exames básicos para realização de uma intervenção cirúrgica; deficiência no atendimento das especialidades de neurologia, traumatologia e ortopedia; e número insuficiente de leitos. Sustenta o agravante, reiterando os fundamentos da inicial, que a decisão objeto desta suspensão invade competência administrativa e provoca desordem nesta esfera, ao impor ao Estado deveres que são do Município. (BRASIL, 2010, Voto Min. Gilmar Mendes, p. 28-29)

Verifica o Ministro que a liminar deferida acentua que o Estado e a União deverão tomar providências apenas no âmbito de suas competências e, assim, refuta as alegações do Estado, principalmente atinente à invasão de competências dos demais Poderes. Portanto, Gilmar Mendes afasta, por meio de seus argumentos construídos em bases principiológicas inerentes à proteção da saúde, a ofensa à separação de poderes.

⁶⁶ Nesse sentido está a discussão sobre a “fosfoetanolamina sintética”, conhecida como “pílula do câncer”. O fármaco não é registrado na ANVISA, mas está sendo utilizado, ainda que de forma voluntária, para tratamento de neoplasia maligna (câncer em geral). A discussão parecia findar com a edição da Lei nº. 13.269/2016, mas o ato normativo teve sua eficácia suspensa em maio do corrente ano, por meio de medida liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 5501 suspendeu a eficácia da lei. Cf. informação colhida no sítio eletrônico do STF, disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=317011>> Acesso em: set. 2016.

Ao final, arremete:

Ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento. Em casos como o presente, a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde parece ser evidente. (BRASIL, 2010, Voto Min. Rel. Gilmar Mendes, p. 30-31)

Com base nessas fundamentações, o Ministro firma voto paradigma, sendo acompanhado pela maioria da Corte.

4.3.2. Posicionamento por unanimidade

Apenas para não deixar qualquer resquício de análise, importante ressaltar que a decisão foi tomada em Plenário⁶⁷, sendo o Relator acompanhado pela unanimidade dos Ministros.

A Corte tinha como composição quando do julgamento: Eros Grau, Celso de Mello, Ellen Gracie, Carlos Britto, Marco Aurélio, Cezar Peluso, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Dias Toffoli. Em suma, os Ministros destacaram o voto do Relator, acompanhando todos os termos do voto paradigma.

O Ministro Carlos Ayres Britto, a exemplo, indicou que o voto proferido pelo Relator:

[...] habilitou devidamente o Poder Judiciário para o controle desse tipo de política pública, sem nenhuma incursão em seara alheia, e resgatou um pouco da tese da constituição dirigente, a constituição que governa quem governa, ou seja, governa permanentemente quem governa quadrienalmente. (BRASIL, 2010, Voto Min. Carlos Ayres Britto, p. 64).

Destarte, pela maioria, os ministros destacaram a relevância do voto Relator. Diferenciou-se, nesse sentido, o Ministro Celso de Mello que, além de acompanhá-lo teceu argumentação apta à integralização da decisão, corroborando para análise

⁶⁷Com a participação de todos os membros do Tribunal (11 ministros).

desse estudo. Por isso, necessária breve análise das razões expendidas pelo mencionado ministro.

4.3.3. Destaques do voto proferido pelo Ministro Celso de Mello

O Ministro Celso de Mello é ímpar em seu voto e mesmo votando com o Relator, trouxe importantes considerações para a demanda. Inclusive, citou precedentes que remetem ao tema em discussão⁶⁸.

Consigna o Ministro Celso de Mello que o alto valor social e constitucional atribuído ao direito à saúde não pode ser meta não realizada, sob pena da “censurável situação de inconstitucionalidade” (BRASIL, 2010, p. 34). Assim, relembrou do julgamento da ADPF 45/DF, no qual foi relator e proferiu decisão assim ementada:

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA “RESERVA DO POSSÍVEL”. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO). (BRASIL, 2010, Voto Min. Celso de Mello, p. 35) (grifo do autor)

Destaca seu posicionamento a dimensão política da jurisdição constitucional assumida pelo STF, o qual não pode escusar-se de tornar efetivos os direitos de segunda geração. Descreve que se assim não for, resta violada a eficácia da própria Constituição (BRASIL, 2010, p. 36).

⁶⁸Cf. BRASIL, 2010, Voto Min. Celso de Mello, p. 47-48.

Ademais, o Ministro reconhece que ordinariamente a competência na criação e implementação de políticas públicas pertence ao Legislativo e ao Executivo:

É certo – tal como observei no exame da ADPF 45/DF, Rel. Min. Celso de Mello (Informativo/STF nº. 345/2004) – que **não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas** (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), **pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo.**

Impende assinalar, **contudo**, que a incumbência de fazer **implementar políticas públicas fundadas na Constituição poderá atribuir-se, ainda que excepcionalmente, ao Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional**, como sucede na espécie ora em exame. (BRASIL, 2010, Voto Min. Celso de Mello, p. 36) (grifo nosso)

Nessa esteira, o Ministro articula que a omissão governamental em garantir efetividade ao direito à saúde, justifica a intervenção do judiciário, pois legitima a “necessidade de fazer prevalecer a decisão política fundamental que o legislador constituinte adotou em tema de respeito e de proteção ao direito à saúde” (BRASIL, 2010, p. 38). Refuta, inclusive, que a tese da reserva do possível não pode ser utilizada para nulificar ou aniquilar direitos constitucionais essenciais. Assim, a tese somente poderia ser usada quando possível a aferição e não somente como meio de defesa comum e aplicável a todo momento.

Infere-se uma postura ativista do Ministro ao considerar a atuação do Poder Judiciário no reforço na manutenção da vontade democrática, consubstanciada no próprio imperativo constitucional. Enfatiza:

Tal como pude enfatizar em decisão por mim proferida no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, em contexto assemelhado ao da presente causa (Pet 1.246/SC), entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde – que se qualifica como direito subjetivo inalienável a todos assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, “caput”, e art. 196) – ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo, **uma vez configurado esse dilema, que razões de ordem ético-jurídica impõem, ao**

jugador, uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas.

Essa relação dilemática, que se instaura na presente causa, conduz os Juízes deste Supremo Tribunal a proferir decisão que se projeta no contexto das denominadas “escolhas trágicas” (GUIDO CALABRESI e PHILIP BOBBIT, “Tragic Choices”, 1978, W. W. Norton & Company), que nada mais exprimem senão o **estado de tensão dialética entre a necessidade estatal de tornar concretas e reais as ações e prestações de saúde em favor das pessoas, de um lado, e as dificuldades governamentais de viabilizar a alocação de recursos financeiros, sempre tão dramaticamente escassos, de outro.** (BRASIL, 2010, Voto Min. Celso de Mello, p. 43) (grifo nosso)

Acentua que o caráter programático insculpido na Constituição não pode ser convertida em mera promessa constitucional, à deriva do Poder Público, pois corresponderia a “um gesto irresponsável de infidelidade governamental” (BRASIL, 2010, p. 45), que possui como determinante a própria lei maior do Estado Democrático.

Buscando resplandecer sua postura em busca da satisfação efetiva do direito à saúde, o Ministro cita vários precedentes nos quais atuou como relator⁶⁹, consignando entendimentos similares, sempre fazendo prevalecer o direito fundamental à vida, representado pelo direito à saúde.

Dentro desse contexto, o Ministro afasta veementemente uma possível existência de intromissão do Judiciário em esfera dos demais Poderes. Ainda, justifica que “esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário (que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito), inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição” (BRASIL, 2010, p. 50). Afirma que o Judiciário, ao suprir as omissões institucionais, faz cumprir seu próprio o mandado “institucional-constitucional” (BRASIL, 2010, p. 51). Pondera que a inércia estatal configura violação à própria Constituição:

Nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem convenientes aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos.

[...] O desprestígio da Constituição – por inércia de órgãos meramente constituídos – representa um dos mais graves aspectos

⁶⁹Cf. BRASIL, 2010, Voto Min. Celso de Mello, p. 47-48.

da patologia constitucional, pois reflete inaceitável desprezo, por parte das instituições governamentais, da autoridade suprema da Lei Fundamental do Estado. (BRASIL, 2010, Voto Min. Celso de Mello, p. 52-53) (grifo nosso)

Assim, observa que as decisões proferidas pelo STF têm buscado neutralizar os efeitos nocivos da inércia contumaz do aparelho estatal, conferindo efetividade a direitos essenciais. Utiliza-se do parâmetro principiológico de vedação ao retrocesso para calcar em seu voto que os valores sociais, uma vez atingidos, não podem os níveis serem restringidos ou suprimidos, “exceto nas hipóteses – de todo inócua na espécie – em que políticas compensatórias venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais” (BRASIL, 2010, p. 57).

Ademais, em sua conclusão considerou:

Concluo meu voto, Senhor Presidente. E, ao fazê-lo, devo observar que **a ineficiência administrativa, o descaso governamental com direitos básicos da pessoa (como o direito à saúde), a incapacidade de gerir os recursos públicos, a falta de visão política na justa percepção, pelo administrador, do enorme significado social de que se reveste a proteção à saúde, a inoperância funcional dos gestores públicos na concretização das imposições constitucionais não podem nem devem representar obstáculos à execução, pelo Poder Público, da norma inscrita no art. 196 da Constituição da República**, que traduz e impõe, ao Estado, um dever inafastável, **sob pena de a ilegitimidade dessa inaceitável omissão governamental importar em grave vulneração a um direito fundamental** que é, no contexto ora examinado, o direito à saúde. (BRASIL, 2010, Voto Min. Celso de Mello, p. 60-61) (grifo nosso)

Assim, ressaltando em sua argumentação que a inércia do Poder Público legitima o Judiciário a atuar, não configurando implantação de política pública, mas sim impulsionando a efetividade dos direitos consagrados na constituição, o Ministro afasta qualquer alegação de gerência, pelo Poder Judiciário, na esfera dos demais poderes. Não estaria se tratando, portanto, de implantação de política pública pelo Judiciário, mas sim a concretização delas.

4.3.4. Observações sobre as tensões

O último case detalhado neste estudo cumpre com o objetivo de indicar ao leitor a multiplicidade dos temas que a discussão do ativismo judicial e da

judicialização da política podem provocar. E essa provocação reflexiva acaba se tornando um dos maiores objetivos deste estudo.

A temática da saúde pública e a chamada “judicialização da saúde” tem sido alvo de um alargado de pesquisas. Todavia, o que se pretende particularizar no panorama da discussão, é que essa judicialização da saúde é uma subespécie da judicialização da política.

Apoiado no que Hirshl indicou como megapolítica, inclusive apontando que “tudo” é política (2012, p. 36), verifica-se no caso em apreço um dilema constitucional e ao mesmo tempo democrático e sobretudo político. Constitucional por envolver o direito à saúde, que é de expressão normativo-constitucional para concretização da sadia qualidade de vida. Também é questão democrática e, igualmente, por envolver o direito à saúde, provocando a promoção de políticas sociais e econômicas para concretização e acesso desse direito, relacionando-se diretamente com a dignidade da pessoa humana e o direito à igualdade – cuja finalidade é atribuída à democracia, segundo exposto por Dworkin e abordado no capítulo 2 – pressupondo a existência de um Estado-garantidor para assegurar o mínimo para que o indivíduo tenha condições básicas para se desenvolver. As razões constitucionais e democráticas se entrelaçam em também revelam a faceta política do tema, ao passo que desembocam na esfera pública, incumbindo os elaboradores e executores das políticas públicas.

Por esse entrecruzamento, quando se observa a atuação judicial para compelir o Estado-garantidor a efetivamente cumprir com a expectativa implantada por um sistema constitucional e democrático, a tensão é notória, pois passa-se a intervir diretamente na escolha de políticas públicas estatais para cumprimento de direito constitucional expresso. O direito à saúde é tema de relevância pública, conforme o próprio texto constitucional prevê em seu art. 197, sendo ônus do poder público regulamentar, fiscalizar e controlar as ações e serviços de saúde.

Nessa senda que a argumentação defensiva dos entes estatais, de modo geral, está calcada na reserva do possível, visando justificar o não cumprimento de ações públicas para promoção e proteção do direito por limitações orçamentárias quando se realiza a apuração das necessidades sociais a serem satisfeitas.

Ademais, por investir-se em norma programática, ou seja, aquela que define um fim social a ser perseguido, com estipulação de programas a serem cumpridos pelo Poder Público, revela que é de estratégia estatal o direcionamento e

cumprimento desses programas, que precisam de espaço orçamentário e planejamento para desenvolvê-los. Substituir essa escolha e programação por ordem do Poder Judiciário, num primeiro olhar, caracteriza o rompimento de uma igualdade entre os poderes.

Neste aspecto, necessária a avaliação do grau de ativismo e judicialização, ao menos na decisão apontada, quando há essa ordem e imperatividade judiciária para cumprimento, pelos entes estatais, do direito constitucionalmente previsto.

Como exposto no capítulo 3, existem parâmetros que são observados para “calibrar” o grau de ativismo do Poder Judiciário quando no exercício da jurisdição constitucional. No caso vertente, revela-se aplicável o parâmetro de relevância material do direito em jogo.

Para tal parâmetro, Sarmento e Neto asseveraram que “os direitos fundamentais devem prevalecer, como ‘trunfos’ [...], pois expressam exigências morais que se impõem à política”, acrescentando que “isso vale para liberdades públicas e existenciais, e para direitos sociais ligados ao atendimento das necessidades básicas” (2013, p. 154). Prepondera, portanto, uma hierarquia axiológica sobre os direitos dispostos na Constituição.

Outrossim, também com base nos pressupostos teóricos de Dworkin, o qual qualificou os direitos como trunfos para que sejam levados à sério, há um direcionamento ao entendimento da democracia substantiva no posicionamento do Tribunal, considerado como um todo.

Ao mesmo tempo, evidencia característica da democracia procedimental, ao passo que a atuação judicial procura, neste caso, manter a robustez de um processo democrático constitucional. Em que pese tal similitude, o que Ely comparou à atuação de um árbitro que apenas confere as regras do jogo, o grau de ativismo e judicialização prepondera sobre o procedimento, pois visa buscar efetividade à finalidade da democracia – *status* de igualdade –, não se atendo à fonte institucional da decisão, ou seja, não importando de onde provenha, mas que cumpra com a finalidade democrática.

Por tudo isso, o caso em apreço apresenta-se como a afirmação de uma postura ativista dos Ministros e de um fato de judicialização da política. É perceptível que em uma situação ideal e abstrata, com observação e efetivação ampla dos direitos insculpidos na Constituição, o grau de postura ativista e de fatos de judicialização da política, ou de temáticas ligadas à esfera pública, é menor. No

entanto, quando se constata a deficiência na prestação de serviços públicos que visam proporcionar à população o mínimo para desenvolver-se dignamente, o grau de proatividade judicial tende a ser maior.

Em verdade, o resultado firmado no julgamento mostra-se como o esperado, vez que o desprezo com a saúde pública não pode ficar à mercê apenas da reserva do possível. Destarte, ao presente caso mostrou-se aplicável a hipótese II proposta neste estudo, não verificando um tensionamento firmado para superação de forças, mas sim para soma. Ademais, é tal que a Constituição de 1988, além de ser e garantia é dirigente, colhendo a democracia como expressão constitucional. Tudo isso afirma uma preponderância prática da substancial democracia, cujo efeito resultante em fenômenos de ativismo e judicialização da política vem, até certo passo, acrescer à própria essência democrática, resultando em uma tensão saudável e desejável o confronto do novo constitucionalismo com a realidade democrática.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial vêm sendo apontados como de cotidiana ocorrência no Brasil, tendo em vista que se percebe atualmente um Poder Judiciário ativo na formulação ou efetivação de políticas públicas e, além disso, um notório ator no processo democrático. Esse empoderamento pelo Judiciário brasileiro é recente e está ligado à Constituição Federal de 1988 e a redemocratização do país. Todavia, é também uma influência mundial, em vista da corrente neoconstitucionalista vigente.

Esse empoderamento, no entanto, é muitas vezes tratado de forma pejorativa, pois é causador de tensionamentos com a democracia, a qual possui como importante característica a premissa majoritária, ou seja, que a tomada de decisões políticas se dão precipuamente de forma majoritária e por exercentes de representatividade política. Mas o novo constitucionalismo, em contrapartida, atua como ideologia ou mola propulsora da instituição contramajoritária, pautada na guarda e efetivação de direitos. Esses tensionamentos apresentam-se, pois, como uma contradição democrática, pois ao mesmo tempo que se pode atribuir ao ativismo e à judicialização da política um reforço à democracia, se verifica um confronto com a razão de ser da própria democracia

Destarte, no foco desse tensionamento verificou-se a necessidade de vislumbrar a atividade realizada pelo Supremo Tribunal Federal, com o escopo de identificar como se dá no bojo das decisões o ativismo e a judicialização, visando encontrar os possíveis tensionamentos provenientes da relação do neoconstitucionalismo (ou novo constitucionalismo) com a democracia, até porque os preceitos desses institutos se entrelaçam em uma convivência concomitante. Por isso, a atuação política do STF e a compreensão das condições institucionais que conduzem questões de cunho político foram alvos do presente estudo.

Pelo exposto, a presente pesquisa cingiu-se em analisar a Judicialização da Política e, por via de consequência, o ativismo judicial constante em três decisões proferidas pela cúpula do Judiciário no Brasil, o STF. Buscou-se abordar os aspectos de tensionamento entre democracia e neoconstitucionalismo no âmbito das decisões proferidas e escolhidas para análise, quais sejam: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 3.999/DF (julgada em 2008), Ação Popular nº. 3.388/RR

(julgada em 2009) e Agravo Regimental na Suspensão de Liminar de Ação Civil Pública nº. 47/PE (julgada em 2010). As questões abordadas correspondem à perda de mandato por infidelidade partidária, demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol e saúde pública, respectivamente. Propositamente foram escolhidas temáticas diversas com o intuito de perceber as tensões nos mais diferentes âmbitos da política amplamente considerada e, por via de consequência, provocar no leitor a reflexão do sentido de política, visando proporcionar uma leitura que foge da ideia de política adstrita ao processo eleitoral.

Para realizar a análise, com o fito de verificar, portanto, as tensões entre democracia e neoconstitucionalismo que sobressaltam nos casos investigados (que compõem um triênio), a princípio foram consideradas três hipóteses, as quais foram testadas empiricamente neste trabalho: (i) há tensionamento entre o (neo)constitucionalismo e democracia em decorrência do fenômeno da judicialização da política e do ativismo, na medida em que, quando o Judiciário atua para garantia e proteção dos direitos basilares dos indivíduos e para o bom funcionamento do processo democrático acaba por violar os próprios preceitos democráticos; (ii) não há tensionamento entre (neo)constitucionalismo e democracia quando se observa a judicialização da política e o ativismo no Brasil, havendo, em verdade, um embricamento de forças, pois a principal preocupação democrática está no escopo de se fazer com que decisões coletivas se deem para alcançar, com maior amplitude, os direitos reconhecidos aos cidadãos; (iii) o tensionamento é aparente, pois a Corte funciona como órgão de legitimação de políticas do governo, fazendo cumprir a sensível vontade da representação política.

Como reforço teórico para enfrentamento dessas hipóteses, a pesquisa enveredou-se em três capítulos mais conceituais e, após, na análise do bojo dos cases propostos.

Verificou-se a judicialização da política como uma característica efetivamente expansionista e de escala global, principalmente no cenário político pós-guerra, pois compreendem episódios que revelaram a necessidade de se proteger com critérios mais rigorosos os direitos inerentes ao homem, impulsionando reformas filosóficas e práticas. Com isso, viu-se os Tribunais cada vez mais dispostos a limitar e regular o exercício da autoridade parlamentar, impondo limites substantivos ao poder das instituições legislativas.

Nesse tocante, as transformações provocadas pela judicialização alteram a paisagem política legislativa, ao passo que impõe ao próprio legislador melhor análise de questões constitucionais ao legislar. Depreendeu-se, principalmente no primeiro capítulo, a partir da análise de Ferejohn, que esse cenário confere certo papel político às Cortes constitucionais, haja vista a interferência de comportamentos que é capaz de gerar em outras searas do Estado. Ademais, também se percebeu que a confiança nos tribunais, ou em alguns tribunais, é grande quando se trata de proteger contra abusos políticos. Essa cláusula foi nomeada por Ferejohn como “hipótese de direitos”.

A par disso, verificou-se a dificuldade conceitual das terminologias dos fenômenos a serem identificados nas decisões propostas, havendo uma linha tênue de diferenciação que não é aceito por muitos autores, pois tratam os termos como se iguais fossem ou que um é a distorção do outro. Isto é, a judicialização da política e ativismo judicial são tidos como um só fenômeno com iguais nomenclaturas ou que o ativismo é uma deturpação da judicialização da política. Todavia, constatou-se que, em verdade, mesmo havendo essa confusão conceitual na literatura, a identificação consiste no ativismo como uma postura pessoal dos juízes, enquanto a judicialização da política se apresenta como fato ou circunstância decorrente da expansão da atuação dos tribunais, na qual lhes são transferidos temas decisórios outrora atribuídos ao Legislativo e Executivo. Essas questões foram abordadas no capítulo 1 visando clarificar o posicionamento deste estudo empírico.

Ainda, buscou-se um referencial teórico para essa análise perpassando por diversas conceituações de democracia, bem como buscando-se verificar a finalidade ou razão de ser desse sistema político. Com ênfase, foram abordadas as teorias da democracia substancial e procedimental, pois tais são desenvolvidas levando em consideração exatamente a atuação judicial, especialmente no que concerne ao *judicial review*.

Em síntese, analisando-se a democracia substancial, tomando por base as lições de Ronald Dworkin, verificou-se a rejeição da premissa majoritária para aferição da essência democrática, a qual pontuou-se como a busca incessante por igual *status* entre os cidadãos. Nessa toada, Dworkin apresentou a possibilidade de uma atuação judicial ativa, na busca por efetividade de direitos, considerados como trunfos. Ademais, o suporte teórico aproximou a importante valoração da democracia pelas cartas constitucionais, as quais funcionam como “mãe e guardiã da

democracia” (DWORKIN, 1999, p. 476). A democracia, portanto, segundo a teoria esposada por Dworkin, seria de expressão constitucional.

Asseverou-se que esse suporte teórico possui o direito como integridade, requerendo certa prospecção e tendo por base argumentações de princípios. Por tudo isso, segundo a corrente teórica, a jurisdição mostrou-se como um mecanismo promissor da democracia, na intensa busca de concretizá-la.

Por sua vez, analisando-se a teoria da democracia procedimental, verificou-se, pelos teóricos John Hart Ely e Jürgen Habermas, cada qual com importantes contribuições, que a atuação judicial deve se dar para conferir robustez ao processo democrático. Assim, não poderia a jurisdição delimitar os valores futuros, apenas assegurar que os valores já identificados fossem conferidos dentro do estreito processo democrático. Ely, inclusive, faz referência a um árbitro de futebol ao considerar como deve se dar a atuação do Poder Judiciário. Nesse sentir, a democracia impera sobre os direitos.

Ainda, verificou-se a grande contribuição da teoria discursiva de Jürgen Habermas, ao ponderar que os destinatários da norma devem também sentirem-se autores delas. Por esta senda, a formação da opinião política deve ser formada no seio social e repassada ao sistema político, por via do discurso racional, com o fito de garantir o processo democrático. O Poder Judiciário, neste sentido, atua para reforçar a formação da vontade democrática, devendo se restringir na averiguação do processo democrático. Com isso, percebeu-se o alto nível de pré-concretização de direitos que impõe a teoria esposada por Habermas, ao passo que parte do pressuposto de condições ideais e abstratas, ou seja, de que os indivíduos possuem a implementação da grande maioria de seus direitos pelo Estado. Por isso, segundo essa corrente teórica, o Poder Judiciário viria a atuar para apenas na conformação do processo político democrático. Assim, vislumbra-se que essa teoria seria aplicada em sociedades com maior nível de implementação de direitos ou, até mesmo, em uma sociedade ideal.

Após tomadas essas conceituações, o estudo analisou a corrente de sistema normativo constitucional conhecido como neoconstitucionalismo ou novo constitucionalismo, a qual apregoa uma patente efetivação das normas constitucionais. Inclusive, se fez um esforço histórico para compreender a evolução do pensar constitucional, ponderando sobre as constituições brasileiras e a ampliação ao Poder Judiciário que foram conferidos ao longo de uma

contextualização política do país. Verificou-se o alargamento paulatino dos poderes atribuídos à jurisdição, especialmente à mais alta cúpula do Judiciário no Brasil: Supremo Tribunal Federal.

Em sequência, estudou-se a dificuldade contramajoritária e a autocontenção a ser observada pela jurisdição em sua atuação. Em especial, foram abordados parâmetros de autocontenção na realidade brasileira, segundo critérios esposados por Neto e Sarmento. Esses critérios revelaram-se não exaustivos e não hierárquicos, além de eventualmente conflitantes, devendo ser feito um juízo de razoabilidade para aplicação de um em detrimento do outro. Os critérios apontados foram: a observância do grau de legitimidade democrática do ato normativo a ser analisado; a atuação em prol da proteção dos procedimentos democráticos; postura protetiva de minorias estigmatizadas (caracterizando este critério como uma espécie a calibrar o excesso de conservadorismo); observância da relevância constitucional do direito fundamental; autolimitação quando da análise de questões com alta carga de conhecimento específico; época de edição do ato normativo e a inconsistência temporal compreendida na sobrevalorização de interesses de alcance curto, de vantagens imediatas.

Com esses parâmetros em mente e diante da carga teórica coletada para análise dos *cases* propostos para análise (que formam um triênio de julgados), verificou-se um posicionamento na contramão dos esforços até então realizados. Trata-se da teoria do órgão legitimador exposta por Robert Dahl, o qual apregoa que, em verdade, na prática, a atuação judicial se dá para legitimar o regime dominante. Embora se tenha em mente que essa teoria foi confeccionada através de uma constatação realizada por Dahl ao analisar a Suprema Corte Norte-Americana, não se despiu de sua importância para confronto nos julgados a serem analisados, pois a teoria compreende uma linha de pensamento capaz de rechaçar todo o tensionamento que se alega quando do surgimento do ativismo judicial e da judicialização da política em face da relação do neoconstitucionalismo com a democracia. Portanto, não se trata de anacronismo, mas de ajuda teórica e analítica para percepção dessa possível conformação nas decisões analisadas.

A par desses estudos, passou-se a analisar as três decisões proferidas pelo STF. De pronto, foram escolhidas pela diversidade temática, complexidade e feixe emblemático que lhes são atribuídas. Assim, não se tratam de decisões proferidas tão somente no controle de constitucionalidade concentrado, mas de decisões

prolatadas em competência ordinária do STF, mas que não deixam de realizar enfrentamento político e democrático.

No primeiro *case*, qual seja o acórdão proferido na Ação Direita de Inconstitucionalidade nº. 3.999-7/DF, cujo julgamento foi realizado em 12/11/2008, verificou-se temática estritamente política, pois pertencente ao processo eleitoral: fidelidade partidária. Em suma, tratou-se do reconhecimento pelo STF de norma editada pelo TSE quando, em verdade, a competência constitucional atribui tal edição ao Congresso Nacional. Essa norma, além de editada por órgão judicial, regulou nova hipótese de perda de mandato eletivo, acrescentando hipótese além das previstas na Constituição Federal. Verificou-se a baixa aplicabilidade de parâmetro de autocontenção, como aquele inerente à observância do grau de legitimidade da norma contestada. Essa característica ressalta uma tensão da atuação frente da própria premissa majoritária instituída pela democracia. Mesmo diante de um posicionamento pessoal mais conservador, verificou-se o declínio (ou seja, a concessão) no voto proferido pelo Ministro Relator da demanda, no caso Joaquim Barbosa, para conferir constitucionalidade à norma até que o órgão competente venha a editar regulamentação necessária. Nessa banda, também tornou-se perceptível a tensão da decisão em face de princípio insculpido no sistema democrático, qual seja a separação de poderes. Mas, por outro lado, a contextualização do *case* demonstrou que até a presente data não foi editada norma pelo órgão ou poder competente, ultrapassando a temporariedade almejada pelo Supremo.

Por tudo isso, aferiu-se a existência de tensão em face de preceitos democráticos, porém calcada no que se poderia chamar de uma substancial democracia inferida pela atuação dos ministros da Corte. A argumentação de princípio e a pretensão de efeito prospectivo, a fim de antever conjunção futura (a não edição de norma), este estudo verificou a existência de tensão da atuação jurisdicional, calcada em uma teoria substancial da democracia e enredada pelo neoconstitucionalismo em face de preceitos clássicos da própria democracia. É um paradoxo e apresenta-se como aplicável ao *case* a hipótese I proposta para este estudo, ao passo que se verifica a existência de tensão e violação a preceitos democráticos.

O segundo *case* analisado, trata-se do acórdão proferido na Ação Popular nº. 3.388/RR, julgada em 2009. A discussão versa sobre o reconhecimento do processo

de demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol, em Roraima. Em síntese, o STF reconheceu como constitucional todo o procedimento, bem como os atos administrativos que findaram o processo de demarcação (Despacho 534/2005 proferido pelo Ministro da Justiça e Decreto homologatório de 15 de abril de 2005). Mas não foi só. O STF também delineou dezenove condições, ou “salvaguardas”, para cumprimento da decisão, tal como o usufruto da terra, e para observância nas demarcações futuras. Em um primeiro momento, este estudo entendeu haver uma atuação de órgão legitimador do regime dominante, pelo fato da maioria dos juízes na Corte – sete ao total –, à época do julgamento, terem sido nomeados pelo Presidente então em exercício. Além disso, de uma aplicação da democracia procedimental, atuando a Corte em afastar-se da discussão política propriamente dita. Dessa forma seria um método de se superar as diversas insubsistências alegadas no processo, tal como afronta ao pacto federativo. Assim, em um primeiro vislumbre, coadunou-se a hipótese III proposta neste estudo. Todavia, averiguou-se um alto grau de ativismo e judicialização na decisão, em vista da aplicação de técnica decisória inovadora, tal como a sentença aditiva. As salvaguardas delineadas como diretrizes para o usufruto da terra, bem como para observância aos procedimentos de demarcação futuros, retratam uma tensão em face dos próprios parâmetros democráticos de divisão de poderes, inclusive estatuídos constitucionalmente. Estaria o STF “legislando” por meio dessa decisão? Ao que se concebe neste estudo, sim. Por isso, a hipótese III foi parcialmente rechaçada, coadunando com a hipótese I.

Por sua vez, o terceiro julgado analisado, tratou-se de decisão também proferida fora do controle concentrado de constitucionalidade, na competência recursal do STF. A decisão mencionada é a proferida em Tribunal Pleno, em Agravo Regimental em Suspensão de Liminar na Ação Civil Pública nº 47/DF, julgada em 2010. Em suma, o recurso foi elaborado pelo Estado de Pernambuco visando a suspensão de decisão liminar em Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Federal e Ministério Público Estadual, objetivando a adoção de medidas administrativas para melhoria no funcionamento do Hospital Dom Malan, por todos os entes da federação (União, Estado e Município). O Estado alegava que, por ser hospital municipal, não estava no âmbito de sua atuação, além de usar a tese da reserva do possível, indicando limitações orçamentárias. O STF negou o recurso, entendendo pela responsabilização solidária e subsidiária dos entes, ordenando a

adoção de medidas para funcionamento do hospital, ao menos no seu mínimo, visando a efetivação do direito à saúde à população que necessita dos serviços prestados pelo SUS.

No caso em apreço, por ser a temática atinente à interesse público, bem como estar relacionada à atuação prática e orçamentária dos entes da federação, verifica-se a patente circunstância política discutida. Ademais, observou-se mútua aplicação da substancial e procedimental democracia, ao passo que além de efeitos prospectivos, a atuação judicial se deu para reforçar a vontade democrática. Seria, numa metáfora fundada na figuração de Ely, o árbitro de futebol assinalando cartão vermelho aos entes institucionais para que cumpram com as regras do jogo. Nessa perspectiva, o parâmetro calibrador da autocontenção no critério de observação da relevância material do direito em discussão se mostra aplicável, evitando uma postura estritamente conservadora do Judiciário. Destarte, mostrou-se aplicável a hipótese II proposta neste estudo, não verificando um tensionamento, mas sim um imbricamento de forças.

Assim, o panorama apresentado pelas decisões discutidas, mostram a este estudo que, em verdade, as hipóteses não são aplicadas isoladamente, muitas vezes apresentando-se somatórias, outras vezes aplicando-se uma com a fundamentação ou justificativa da outra.

Destarte, dada a multiplicidade justificadora e argumentativa apresentada pela análise do estudo, a conclusão a que se chega é que o tensionamento entre neoconstitucionalismo e democracia existe, mas que essa relação também gera um imbricado de forças para formação e complementação da própria vontade democrática e constitucional, como se fosse uma relação cíclica.

Por isso, para esta pesquisa, apresenta-se como saudável o tensionamento provocado pelo ativismo e pela judicialização da política no atual contexto brasileiro, pois configuram instrumentos na busca da intensificação do significado democrático e, cumulativamente, constitucional.

Percebe-se, ainda, que a judicialização da política e o ativismo judicial possuem como importante limitador o devido processo legal, princípio jurídico que deve enredar todo processo judicial, a fim de assegurar justiça e adequação nos trâmites de ações judiciais.

Mas, a pesquisa também desperta uma série de questionamentos, tal como se a postura dos ministros do STF se mantém homogênea durante toda a estada na

Corte ou em casos similares que são julgados; se a atuação ativa e o fato da judicialização da política comprometem, a longo prazo, a democracia, ao passo que levam os demais poderes a um “conforto”, esperando a provocação para atuar; se há representatividade popular na atuação da Corte, entre outros caminhos que ficam como sugestões para novos esforços de pesquisa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. **Controle de constitucionalidade**. 6 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

ARANTES, Rogério Bastos. **Judiciário e política no Brasil**. São Paulo: Idesp, 1997.

_____. Judiciário: entre a Justiça e a Política. In: AVELAR, Lúcia. CINTRA, Antônio Octavio, eds. **Sistema político brasileiro: uma introdução**. 2ª ed, p. 81-115. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, Editora UNESP; 2007.

_____. Judiciário e democracia no Brasil. **Novos Estudos**, Cebrap, n. 54., p. São Paulo, 1999. Disponível em <http://novosestudos.org.br/v1/files/uploads/contents/88/20080627_judiciario_e_democracia.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2015.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Democracia procedimental e jurisdição constitucional. In: **XV Congresso Nacional Conpedi**, Manaus, 2006, p. 6745-6765. Anais. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/estefania_maria_de_queiroz_barboza.pdf> Acesso em: set. 2016.

_____. Judicialização da política e o controle judicial de políticas públicas. **Revista Direito GV**. p. 59-86. São Paulo, jan-jun 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>. Acesso em: set. 2016

_____. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista Atualidades Jurídicas**, n. 4. Brasília, 2009. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 5 fev. 2014.

_____. O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto. In: GUERRA, Roberta Freitas; SILVA, Fernando Laércio Alves da. NERO, Patrícia Aurélia del. (Coord.). **Neoconstitucionalismo em perspectiva**. Viçosa: UFV, 2014, p. 27-61. Disponível em

<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/constitucionalismo_democratico_brasil_cronica_um_sucesso_imprevisto.pdf>. Acesso set. 2016.

BITTENCOURT, C.A. Lúcio. **O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis**. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

_____. **O futuro da democracia**. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BRANDÃO, Rodrigo. A Judicialização da Política: Teorias, Condições e o Caso Brasileiro. In: FELLET, André; NOVELINO, Marcelo (Orgs). **Constitucionalismo e Democracia**. Salvador: JusPodivm, 2013.

BRASIL. Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934. Rio de Janeiro, **Diário Oficial da União**, 16 set. 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em set. 2016.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Cível Originária 312/BA. Autor: Funai. Réus: Ananias Monteiro da Costa e outros. Relator: Min. Eros Grau. Proposta em 30 nov. 1982. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=312&classe=ACO&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em set. 2016.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Reclamação nº. 2.833/RR. Reclamantes: Ministério Público Federal e União. Reclamados: Juiz Federal da 1ª Vara Federal da Seção Judiciária de Roraima e Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Proposta em 28 set. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2246431>>. Acesso em set. 2016.

_____. **Tribunal Superior Eleitoral**. Resolução nº. 22.526, Consulta nº. 1.398/DF. Consulente: Partido da Frente Liberal. Relator: Min. César Asfor Rocha. DJ 08 mai.

2007. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/arquivos/tse-resolucao-no-22-526-consulta-no-1-398/view>>. Acesso em set. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3999. Requerente: Partido Social Cristão. Requerido: Tribunal Superior Eleitoral. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Julgamento em 12 nov. 2008a. **Dje**. Brasília, 17 abr. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+3999%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+3999%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/a5duuqp>>. Acesso em: set. 2016.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4.086. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Tribunal Superior Eleitoral. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Proposta em 05 jun. 2008b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2622952>>. Acesso em set. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão proferido na Petição nº 3388, Ação Popular. Requerente: Augusto Affonso Botelho Neto. Requerido: União. Relator: Min. Carlos Britto. **Dje**. Brasília, 25 set. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=181&dataPublicacaoDj=25/09/2009&incidente=2288693&codCapitulo=5&numMateria=29&codMateria=1>>. Acesso em: set. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão proferido em Agravo Regimental em Suspensão de Liminar nº 47/PE. Agravante: Estado de Pernambuco. Agravado: União e outros. Relator: Min. Gilmar Mendes. **Dje**. Brasília, 30 abr. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=76&dataPublicacaoDj=30/04/2010&incidente=3598577&codCapitulo=5&numMateria=12&codMateria=1>>. Acesso em: 05 f set. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração na Petição de Ação Popular nº. 3.388/RR. Embargantes: Ministério Público Federal e outros. Embargados: União e Augusto Affonso Botelho Neto. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Julgamento em 23 out. 2013. **DJe**, Brasília, 04 fev. 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5214423>>. Acesso em set. 2016.

CAMPOS, Alexandre de Azevedo Campos. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. E-pub. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, vol. 12, nº 34, 1997.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judiciação da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. **Revista Sociologia Política**. Curitiba, nº. 23, p. 115-126, nov. 2004.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional: teoria do Estado e da Constituição**. Direito constitucional positivo. 12 ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013

DAHL, Robert A. **Tomada de decisões em uma democracia: a Suprema Corte como uma entidade formuladora de políticas nacionais**. 1957. Trad. Grupo Primacy Translations. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7954> Acesso em: set. 2016.

_____. **Poliarquia: participação e oposição**. São Paulo: EDUSP, 1997.

_____. **Um prefácio à democracia econômica**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

_____. **A democracia e seus críticos**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. Vol.1. Salvador: Juspodivm, 2014.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. Ativismo e Autocontenção judicial no controle de constitucionalidade. In: n: **As novas faces do ativismo judicial**. NOVELINO, Marcelo et al. (Orgs). Salvador: JusPodivm, 2013.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Matins Fontes, 1999.

_____. **The Sovereign Virtue**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2000.

_____. **Uma questão de princípio.** Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. **Levando os direitos a sério.** Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O direito da liberdade.** Uma leitura moral da Constituição norte-americana. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade.** Trad. Juliana Lemos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

FEREJOHN, John. Judicializando a Política, Politizando o Direito. In: MOREIRA, Luiz (org). **Judicialização da Política.** São Paulo: 22 Editorial, 2012.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade. Vol. 1.** Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997a.

_____. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade. Vol. 2.** Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997b.

HIRSCHL, Ran. A judicialização da megapolítica e o surgimento dos tribunais políticos. In: MOREIRA, Luiz (org). **Judicialização da Política.** São Paulo: 22 Editorial, 2012.

INGLEHART, Ronald. Cultura e democracia. In: HARRISON, Lawrence E.; HUNTINGTON, Samuel P. **A cultura importa: os valores que definem o progresso humano.** Rio de Janeiro: Record, 2002.

KOCHE, José Carlos. **Fundamentos da metodologia científica.** Caxias do Sul, Universidade de Caxias do Sul, 1980.

LEAL, Victor Nunes. **Problemas de direito público e outros problemas.** Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado.** 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIMONGI, Fernando. Prefácio, 1997. In **Poliarquia**: participação e oposição. São Paulo: EDUSP, 1997.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, André. Sentidos da judicialização da política: duas análises. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**. N. 57, 2002. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n57/a06n57.pdf>>. Acesso em: set 2016.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MASTROPAOLO, Alfio. **Is democracy a lost cause?** Paradoxes of an imperfect invention. ECPR Press. University of Essex. Colchester, UK, 2012.

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. São Paulo: Elsevier, E-pub, 2008.

MINAYO, Maria Cecília de Souza (org). **Pesquisa Social**: Teoria, método e criatividade. Petrópolis: Vozes, 1999.

MORAIS, Dalton Santos. Democracia e Direitos Fundamentais: propostas para uma jurisdição constitucional democrática. **Revista da AGU**, ano X, nº 34, Brasília/DF, out/dez de 2012.

MOTA, Carolina; GALAFASSI, Bianca. A demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol: processo administrativo e conflitos judiciais. In: MIRAS, Julia Trujillo et al. (Orgs). **Makunáima Grita! Terra Indígena Raposa Serra do Sol e os Direitos Constitucionais no Brasil**. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2009. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/565_Artigo_Carolina%20Mota_Bianca%20Galafassi.pdf>. Acesso em set. 2016.

NETO, Cláudio Pereira de Souza. A justiciabilidade dos Direitos Sociais: críticas e parâmetros. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza. SARMENTO, Daniel (orgs). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. E-pub. Belo Horizonte : Fórum, 2012.

_____. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da “última palavra” e alguns parâmetros de autocontenção judicial. In: NOVELINO, Marcelo. FELLET, André. **Constitucionalismo e Democracia**. Salvador: JusPodivm, 2014.

NOBRE, Milton Augusto de Brito. Da denominada “judicialização da saúde”. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Orgs). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

NOVELINO, Marcelo. A influência da opinião pública no comportamento judicial dos membros do STF. In: NOVELINO, Marcelo. FELLET, André. **Constitucionalismo e Democracia**. Salvador: JusPodivm, 2014.

NUNES JÚNIOR, Amandino Teixeira. **A judicialização da política no Brasil [recurso eletrônico]: estudo de casos de comissões parlamentares de inquérito e fidelidade partidária**. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2016. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/10/browse?value=Nunes+Junior%2C+Amandino+Teixeira&type=author>>. Acesso em set. 2016.

O'DONELL, Guilherme. **Democracia, agência e estado**: teoria com intenção comparativa. São Paulo: Paz e Terra, 2011.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. **Justiça, profissionalismo e política**: o STF e o controle de constitucionalidade das leis no Brasil. Rio de Janeiro: FGV, 2011.

PAULA, Daniel Giotti de. Uma leitura crítica sobre o ativismo e a judicialização da política. In: **As novas faces do ativismo judicial**. NOVELINO, Marcelo (org). Salvador: JusPodivm, 2013.

PEREZ, Carlos Alberto Navarro. Relação entre o ativismo judicial e a atuação deficiente do Poder Legislativo. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, Ano 20, n. 78, p.115-149, jan./mar. 2012.

PERNAMBUCO. **8ª Vara Federal de Petrolina**. Ação Civil Pública nº. 2004.83.08.000505-0. Autores: Ministério Público Estadual e Federal. Réus: Município de Petrolina, Estado de Pernambuco e União Federal. Proposta em 22 mar. 2004. Disponível em: <<http://tebas.jfpe.jus.br/consultaProcessos/resconsproc.asp>>. Acesso em set. 2016.

PINTO, Céli Regina Jardim. **Teorias da democracia**: diferenças e identidades na contemporaneidade. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou representação?** Política, direito e democracia no Brasil. ePub. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

QUIRINO, Célia Galvão. Tocqueville: sobre a liberdade e a igualdade. In: WEFFORT, Francisco C. **Os Clássicos da Política**, 2º vol., 10ª ed. São Paulo: Ática, 2001.

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

SADEK, Maria Tereza. Judiciário: mudanças e reformas. **Estudos avançados**. São Paulo, v. 18, n. 51, p. 79-101. Ago. 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000200005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 16 jan. 2015.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. **Reforma do Estado brasileiro: perspectivas e desafios**. Cadernos Adenauer XI, nº. 01. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2010.

_____. Ativismo judicial: autoritarismo ou cumprimento dos deveres constitucionais? In: **As novas faces do ativismo judicial**. NOVELINO, Marcelo (org). Salvador: JusPodvim, 2013.

SARMENTO, Daniel. **Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. In: As novas faces do ativismo judicial. NOVELINO, Marcelo et al. (Orgs). Salvador: JusPodvim, 2013.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 23.ed. ver. e atual. São Paulo: Cortez, 2007.

SILVA, Luiz Marcos de Oliveira; MATTOS, Fernando Augusto Mansor de. Welfare State e emprego em saúde nos países avançados desde o Pós-Segunda Guerra Mundial. **Rev. Econ. Polit.**, São Paulo, v. 29, n. 3, Set. 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010131572009000300008&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 24 nov. 2014.

SILVEIRA, Domingos Sávio Dresh da, Raposa Serra do Sol: análise crítica dos novos (des)caminhos do STF sobre o direito indígena. In: **Direitos em conflito:**

movimentos sociais, resistência e casos judicializados: estudos de casos. GEDIEL, José Antônio Peres et.al. Curitiba: Kairós Edições, 2015.

SOUZA, Luiz Henrique Boselli de. As sentenças aditivas na jurisdição constitucional. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**, v.3., p. 99-117, 2013. Disponível em: <http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/issue/view/4/showToc>. Acesso em set. 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 4 ed. ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p.881

TAVARES, André Ramos. **Teoria da justiça constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TAYLOR, Matthew M.. O judiciário e as políticas públicas no Brasil. **Dados – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, p. 229-257, 2007 . Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582007000200001&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 15 jan. 2015.

TONELLI, Maria Luiza Quaresma. A judicialização da política e a soberania popular. 2013. 126 f. **Tese** (Doutorado). Filosofia – Universidade de São Paulo, São Paulo. Disponível em:<<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8133/tde-15012014-102753/pt-br.php>>. Acesso em: 25 jul. 2014.

VALE, Oswaldo Trigueiro do. **O Supremo Tribunal Federal e a instabilidade político-institucional**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1976.

VALLE, Vanice Regina Lírio (org). **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Juruá, 2009.

VALLINDER, Torbjörn. A judicialização da política: um fenômeno mundial. In: MOREIRA, Luiz (org). **Judicialização da Política**. São Paulo: 22 Editorial, 2012.

VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

_____. VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezesete anos de judicialização da política. **Tempo social**. São Paulo, v. 19, n. 2, p. 39-85, Nov. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702007000200002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 16 jun. 2014.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. Revista Direito GV. p.441-464. São Paulo, jun-dez 2008

WOOD, Ellen Meiksins. **Democracia contra capitalismo**: a renovação do materialism histórico. São Paulo: Boitempo, 2011.

ANEXO - EMENTAS**A) Ementário da decisão exarada na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3999**

ADI 3999 / DF - DISTRITO FEDERAL
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA
Julgamento: 12/11/2008
Órgão Julgador: Tribunal Pleno
Publicação
DJe-071 DIVULG 16-04-2009 PUBLIC 17-04-2009

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. RESOLUÇÕES DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL 22.610/2007 e 22.733/2008. DISCIPLINA DOS PROCEDIMENTOS DE JUSTIFICAÇÃO DA DESFILIAÇÃO PARTIDÁRIA E DA PERDA DO CARGO ELETIVO. FIDELIDADE PARTIDÁRIA. 1. Ação direta de inconstitucionalidade ajuizada contra as Resoluções 22.610/2007 e 22.733/2008, que disciplinam a perda do cargo eletivo e o processo de justificação da desfiliação partidária. 2. Síntese das violações constitucionais argüidas. Alegada contrariedade do art. 2º da Resolução ao art. 121 da Constituição, que ao atribuir a competência para examinar os pedidos de perda de cargo eletivo por infidelidade partidária ao TSE e aos Tribunais Regionais Eleitorais, teria contrariado a reserva de lei complementar para definição das competências de Tribunais, Juízes e Juntas Eleitorais (art. 121 da Constituição). Suposta usurpação de competência do Legislativo e do Executivo para dispor sobre matéria eleitoral (arts. 22, I, 48 e 84, IV da Constituição), em virtude de o art. 1º da Resolução disciplinar de maneira inovadora a perda do cargo eletivo. Por estabelecer normas de caráter processual, como a forma da petição inicial e das provas (art. 3º), o prazo para a resposta e as conseqüências da revelia (art. 3º, caput e par. ún.), os requisitos e direitos da defesa (art. 5º), o julgamento antecipado da lide (art. 6º), a disciplina e o ônus da prova (art. 7º, caput e par. ún., art. 8º), a Resolução também teria violado a reserva prevista nos arts. 22, I, 48 e 84, IV da Constituição. Ainda segundo os requerentes, o texto impugnado discrepa da orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal nos precedentes que inspiraram a Resolução, no que se refere à atribuição ao Ministério Público eleitoral e ao terceiro interessado para, ante a omissão do Partido Político, postular a perda do cargo eletivo (art. 1º, § 2º). Para eles, a criação de nova atribuição ao MP por resolução dissocia-se da necessária reserva de lei em sentido estrito (arts. 128, § 5º e 129, IX da Constituição). Por outro lado, o suplente não estaria autorizado a postular, em nome próprio, a aplicação da sanção que assegura a fidelidade partidária, uma vez que o mandato "pertenceria" ao Partido.) Por fim, dizem os requerentes que o ato impugnado invadiu competência legislativa, violando o princípio da separação dos poderes (arts. 2º, 60, §4º, III da Constituição). 3. O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento dos Mandados de Segurança 26.602, 26.603 e 26.604 reconheceu a existência do dever constitucional de observância do princípio da fidelidade partidária. Ressalva do entendimento então manifestado pelo ministro-relator. 4. Não faria sentido a Corte reconhecer a existência de um direito constitucional sem prever um instrumento para assegurá-lo. 5. As resoluções impugnadas surgem em contexto excepcional e transitório, tão-

somente como mecanismos para salvaguardar a observância da fidelidade partidária enquanto o Poder Legislativo, órgão legitimado para resolver as tensões típicas da matéria, não se pronunciar. 6. São constitucionais as Resoluções 22.610/2007 e 22.733/2008 do Tribunal Superior Eleitoral. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida, mas julgada improcedente.

B) Ementário referente à decisão na Ação Popular Petição nº. 3388/RR (case “Raposa/Serra do Sol”)

Pet 3388 / RR - RORAIMA

Relator(a): Min. CARLOS BRITTO

Julgamento: 19/03/2009

Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação DJe-181 DIVULG 24-09-2009 PUBLIC 25-09-2009

EMENTA: AÇÃO POPULAR. DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO-DEMARCATÓRIO. OBSERVÂNCIA DOS ARTS. 231 E 232 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, BEM COMO DA LEI Nº 6.001/73 E SEUS DECRETOS REGULAMENTARES. CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE DA PORTARIA Nº 534/2005, DO MINISTRO DA JUSTIÇA, ASSIM COMO DO DECRETO PRESIDENCIAL HOMOLOGATÓRIO. RECONHECIMENTO DA CONDIÇÃO INDÍGENA DA ÁREA DEMARCADA, EM SUA TOTALIDADE. MODELO CONTÍNUO DE DEMARCAÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE. REVELAÇÃO DO REGIME CONSTITUCIONAL DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL COMO ESTATUTO JURÍDICO DA CAUSA INDÍGENA. A DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS COMO CAPÍTULO AVANÇADO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. INCLUSÃO COMUNITÁRIA PELA VIA DA IDENTIDADE ÉTNICA. VOTO DO RELATOR QUE FAZ AGREGAR AOS RESPECTIVOS FUNDAMENTOS SALVAGUARDAS INSTITUCIONAIS DITADAS PELA SUPERLATIVA IMPORTÂNCIA HISTÓRICO-CULTURAL DA CAUSA. SALVAGUARDAS AMPLIADAS A PARTIR DE VOTO-VISTA DO MINISTRO MENEZES DIREITO E DESLOCADAS PARA A PARTE DISPOSITIVA DA DECISÃO.

1. **AÇÃO NÃO CONHECIDA EM PARTE.** Ação não-conhecida quanto à pretensão autoral de excluir da área demarcada o que dela já fora excluída: o 6º Pelotão Especial de Fronteira, os núcleos urbanos dos Municípios de Uiramutã e Normandia, os equipamentos e instalações públicos federais e estaduais atualmente existentes, as linhas de transmissão de energia elétrica e os leitos das rodovias federais e estaduais também já existentes. Ausência de interesse jurídico. Pedidos já contemplados na Portaria nº 534/2005 do Ministro da Justiça. Quanto à sede do Município de Pacaraima, cuida-se de território encravado na “Terra Indígena São Marcos”, matéria estranha à presente demanda. Pleito, por igual, não conhecido.

2. **INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS PROCESSUAIS NA AÇÃO POPULAR.** 2.1. Nulidade dos atos, ainda que formais, tendo por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras situadas na área indígena Raposa Serra do Sol. Pretensos titulares privados que não são partes na presente ação popular. Ação que se destina à proteção do

patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe (inciso LXXIII do artigo 5º da Constituição Federal), e não à defesa de interesses particulares. 2.2. Ilegitimidade passiva do Estado de Roraima, que não foi acusado de praticar ato lesivo ao tipo de bem jurídico para cuja proteção se preordena a ação popular. Impossibilidade de ingresso do Estado-membro na condição de autor, tendo em vista que a legitimidade ativa da ação popular é tão-somente do *cidadão*. 2.3. Ingresso do Estado de Roraima e de outros interessados, inclusive de representantes das comunidades indígenas, exclusivamente como assistentes simples. 2.4. Regular atuação do Ministério Público.

3. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO

DEMARCATÓRIO. 3.1. Processo que observou as regras do Decreto nº 1.775/96, já declaradas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança nº 24.045, da relatoria do ministro Joaquim Barbosa. Os interessados tiveram a oportunidade de se habilitar no processo administrativo de demarcação das terras indígenas, como de fato assim procederam o Estado de Roraima, o Município de Normandia, os pretensos posseiros e comunidades indígenas, estas por meio de petições, cartas e prestação de informações. Observância das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. 3.2. Os dados e peças de caráter antropológico foram revelados e subscritos por profissionais de reconhecidas qualificação científica e se dotaram de todos os elementos exigidos pela Constituição e pelo Direito infraconstitucional para a demarcação de terras indígenas, não sendo obrigatória a subscrição do laudo por todos os integrantes do grupo técnico (Decretos nºs 22/91 e 1.775/96). 3.3. A demarcação administrativa, homologada pelo Presidente da República, é *“ato estatal que se reveste da presunção juris tantum de legitimidade e de veracidade”* (RE 183.188, da relatoria do ministro Celso de Mello), além de se revestir de natureza declaratória e força auto-executória. Não comprovação das fraudes alegadas pelo autor popular e seu originário assistente.

4. O SIGNIFICADO DO SUBSTANTIVO “ÍNDIOS” NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

O substantivo “índios” é usado pela Constituição Federal de 1988 por um modo invariavelmente plural, para exprimir a diferenciação dos aborígenes por numerosas etnias. Propósito constitucional de retratar uma diversidade indígena tanto *interétnica* quanto *intra-étnica*. Índios em processo de aculturação permanecem índios para o fim de proteção constitucional. Proteção constitucional que não se limita aos silvícolas, estes, sim, índios ainda em primitivo estágio de habitantes da selva.

5. AS TERRAS INDÍGENAS COMO PARTE ESSENCIAL DO TERRITÓRIO

BRASILEIRO. 5.1. As “terras indígenas” versadas pela Constituição Federal de 1988 fazem parte de um território estatal-brasileiro sobre o qual incide, com exclusividade, o Direito nacional. E como tudo o mais que faz parte do domínio de qualquer das pessoas federadas brasileiras, são terras que se submetem unicamente ao primeiro dos princípios regentes das relações internacionais da República Federativa do Brasil: a soberania ou “independência nacional” (inciso I do art. 1º da CF). 5.2. Todas as “terras indígenas” são um bem público federal (inciso XI do art. 20 da CF), o que não significa dizer que o ato em si da demarcação extinga ou amesquinhe qualquer unidade federada. Primeiro, porque as unidades federadas pós-Constituição de 1988 já nascem com seu território jungido ao regime constitucional de preexistência dos direitos originários dos índios sobre as terras por eles “tradicionalmente ocupadas”. Segundo, porque a titularidade de bens não se confunde com o senhorio de um território político. Nenhuma terra indígena se eleva ao patamar de território político,

assim como nenhuma etnia ou comunidade indígena se constitui em unidade federada. Cuida-se, cada etnia indígena, de realidade sócio-cultural, e não de natureza político-territorial.

6. NECESSÁRIA LIDERANÇA INSTITUCIONAL DA UNIÃO, SEMPRE QUE OS ESTADOS E MUNICÍPIOS ATUAREM NO PRÓPRIO INTERIOR DAS TERRAS JÁ DEMARCADAS COMO DE AFETAÇÃO INDÍGENA. A vontade objetiva da Constituição obriga a efetiva presença de todas as pessoas federadas em terras indígenas, desde que em sintonia com o modelo de ocupação por ela concebido, que é de centralidade da União. Modelo de ocupação que tanto preserva a identidade de cada etnia quanto sua abertura para um relacionamento de mútuo proveito com outras etnias indígenas e grupamentos de não-índios. A atuação complementar de Estados e Municípios em terras já demarcadas como indígenas há de se fazer, contudo, em regime de concerto com a União e sob a liderança desta. Papel de centralidade institucional desempenhado pela União, que não pode deixar de ser imediatamente coadjuvado pelos próprios índios, suas comunidades e organizações, além da protagonização de tutela e fiscalização do Ministério Público (inciso V do art. 129 e art. 232, ambos da CF).

7. AS TERRAS INDÍGENAS COMO CATEGORIA JURÍDICA DISTINTA DE TERRITÓRIOS INDÍGENAS. O DESABONO CONSTITUCIONAL AOS VOCÁBULOS “POVO”, “PAÍS”, “TERRITÓRIO”, “PÁTRIA” OU “NAÇÃO” INDÍGENA. Somente o “território” enquanto categoria jurídico-política é que se põe como o preciso âmbito espacial de incidência de uma dada Ordem Jurídica soberana, ou autônoma. O substantivo “terras” é termo que assume compostura nitidamente sócio-cultural, e não política. A Constituição teve o cuidado de não falar em territórios indígenas, mas, tão-só, em “terras indígenas”. A traduzir que os “grupos”, “organizações”, “populações” ou “comunidades” indígenas não constituem pessoa federada. Não formam circunscrição ou instância espacial que se orne de dimensão política. Daí não se reconhecer a qualquer das organizações sociais indígenas, ao conjunto delas, ou à sua base peculiarmente antropológica a dimensão de instância transnacional. Pelo que nenhuma das comunidades indígenas brasileiras detém estatura normativa para comparecer perante a Ordem Jurídica Internacional como “Nação”, “País”, “Pátria”, “território nacional” ou “povo” independente. Sendo de fácil percepção que todas as vezes em que a Constituição de 1988 tratou de “nacionalidade” e dos demais vocábulos *aspeados* (País, Pátria, território nacional e povo) foi para se referir ao Brasil por inteiro.

8. A DEMARCAÇÃO COMO COMPETÊNCIA DO PODER EXECUTIVO DA UNIÃO. Somente à União, por atos situados na esfera de atuação do Poder Executivo, compete instaurar, sequenciar e concluir formalmente o processo demarcatório das terras indígenas, tanto quanto efetivá-lo materialmente, nada impedindo que o Presidente da República venha a consultar o Conselho de Defesa Nacional (inciso III do § 1º do art. 91 da CF), especialmente se as terras indígenas a demarcar coincidirem com faixa de fronteira. As competências deferidas ao Congresso Nacional, com efeito concreto ou sem densidade normativa, exaurem-se nos fazeres a que se referem o inciso XVI do art. 49 e o § 5º do art. 231, ambos da Constituição Federal.

9. A DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS COMO CAPÍTULO AVANÇADO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. Os arts. 231 e 232 da Constituição Federal são de finalidade nitidamente fraternal ou solidária, própria de uma quadra constitucional que se volta para a efetivação de um novo tipo de igualdade: a igualdade civil-moral de minorias, tendo em vista o proto-valor da integração

comunitária. Era constitucional compensatória de desvantagens historicamente acumuladas, a se viabilizar por mecanismos oficiais de ações afirmativas. No caso, os índios a desfrutar de um espaço fundiário que lhes assegure meios dignos de subsistência econômica para mais eficazmente poderem preservar sua identidade somática, linguística e cultural. Processo de uma aculturação que não se dilui no convívio com os não-índios, pois a aculturação de que trata a Constituição não é perda de identidade étnica, mas somatório de mundividências. Uma soma, e não uma subtração. Ganho, e não perda. Relações interétnicas de mútuo proveito, a caracterizar ganhos culturais incessantemente cumulativos. Concretização constitucional do valor da inclusão comunitária pela via da identidade étnica.

10. O FALSO ANTAGONISMO ENTRE A QUESTÃO INDÍGENA E O DESENVOLVIMENTO. Ao Poder Público de todas as dimensões federativas o que incumbe não é subestimar, e muito menos hostilizar comunidades indígenas brasileiras, mas *tirar proveito* delas para diversificar o potencial econômico-cultural dos seus territórios (dos entes federativos). O desenvolvimento que se fizer sem ou contra os índios, ali onde eles se encontrarem instalados por modo tradicional, à data da Constituição de 1988, desrespeita o objetivo fundamental do inciso II do art. 3º da Constituição Federal, assecutorio de um tipo de “desenvolvimento nacional” tão ecologicamente equilibrado quanto humanizado e culturalmente diversificado, de modo a incorporar a realidade indígena.

11. O CONTEÚDO POSITIVO DO ATO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. 11.1. **O marco temporal de ocupação.** A Constituição Federal trabalhou com data certa — a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) — como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígine; ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. 11.2. **O marco da tradicionalidade da ocupação.** É preciso que esse estar coletivamente situado em certo espaço fundiário também ostente o caráter da perdurabilidade, no sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica. A tradicionalidade da posse nativa, no entanto, não se perde onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não-índios. Caso das “fazendas” situadas na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, cuja ocupação não arrefeceu nos índios sua capacidade de resistência e de afirmação da sua peculiar presença em todo o complexo geográfico da “Raposa Serra do Sol”. 11.3. **O marco da concreta abrangência fundiária e da finalidade prática da ocupação tradicional.** Áreas indígenas são demarcadas para servir concretamente de habitação permanente dos índios de uma determinada etnia, de par com as terras utilizadas para suas atividades produtivas, mais as “imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar” e ainda aquelas que se revelarem “necessárias à reprodução física e cultural” de cada qual das comunidades étnico-indígenas, “segundo seus usos, costumes e tradições” (usos, costumes e tradições deles, indígenas, e não usos, costumes e tradições dos não-índios). Terra indígena, no imaginário coletivo aborígine, não é um simples objeto de direito, mas ganha a dimensão de verdadeiro ente ou ser que resume em si toda ancestralidade, toda coetaneidade e toda posteridade de uma etnia. Donde a proibição constitucional de se remover os índios das terras por eles tradicionalmente ocupadas, assim como o reconhecimento do direito a uma posse permanente e usufruto exclusivo, de par com a regra de que todas essas terras “são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis” (§ 4º do art. 231 da Constituição Federal). O que termina

por fazer desse tipo tradicional de posse um heterodoxo instituto de Direito Constitucional, e não uma ortodoxa figura de Direito Civil. Donde a clara inteligência de que OS ARTIGOS 231 E 232 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL CONSTITUEM UM COMPLETO ESTATUTO JURÍDICO DA CAUSA INDÍGENA. 11.4. **O marco do conceito fundiariamente extensivo do chamado “princípio da proporcionalidade”**. A Constituição de 1988 faz dos usos, costumes e tradições indígenas o engate lógico para a compreensão, entre outras, das semânticas da posse, da permanência, da habitação, da produção econômica e da reprodução física e cultural das etnias nativas. O próprio conceito do chamado “princípio da proporcionalidade”, quando aplicado ao tema da demarcação das terras indígenas, ganha um conteúdo peculiarmente extensivo.

12. **DIREITOS “ORIGINÁRIOS”**. Os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam foram constitucionalmente “reconhecidos”, e não simplesmente outorgados, com o que o ato de demarcação se orna de natureza declaratória, e não propriamente constitutiva. Ato declaratório de uma situação jurídica ativa preexistente. Essa a razão de a Carta Magna havê-los chamado de “originários”, a traduzir um direito mais antigo do que qualquer outro, de maneira a preponderar sobre pretensos direitos adquiridos, mesmo os materializados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-índios. Ato, estes, que a própria Constituição declarou como “nulos e extintos” (§ 6º do art. 231 da CF).

13. **O MODELO PECULIARMENTE CONTÍNUO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS**. O modelo de demarcação das terras indígenas é orientado pela ideia de continuidade. Demarcação por fronteiras vivas ou abertas em seu interior, para que se forme um perfil coletivo e se afirme a auto-suficiência econômica de toda uma comunidade usufrutuária. Modelo bem mais serviente da ideia cultural e econômica de abertura de horizontes do que de fechamento em “bolsões”, “ilhas”, “blocos” ou “clusters”, a evitar que se dizime o espírito pela eliminação progressiva dos elementos de uma dada cultura (etnocídio).

14. **A CONCILIAÇÃO ENTRE TERRAS INDÍGENAS E A VISITA DE NÃO-ÍNDIOS, TANTO QUANTO COM A ABERTURA DE VIAS DE COMUNICAÇÃO E A MONTAGEM DE BASES FÍSICAS PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS OU DE RELEVÂNCIA PÚBLICA**. A exclusividade de usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nas terras indígenas é conciliável com a eventual presença de não-índios, bem assim com a instalação de equipamentos públicos, a abertura de estradas e outras vias de comunicação, a montagem ou construção de bases físicas para a prestação de serviços públicos ou de relevância pública, desde que tudo se processe sob a liderança institucional da União, controle do Ministério Público e atuação coadjuvante de entidades tanto da Administração Federal quanto representativas dos próprios indígenas. O que já impede os próprios índios e suas comunidades, por exemplo, de interditar ou bloquear estradas, cobrar pedágio pelo uso delas e inibir o regular funcionamento das repartições públicas.

15. **A RELAÇÃO DE PERTINÊNCIA ENTRE TERRAS INDÍGENAS E MEIO AMBIENTE**. Há perfeita compatibilidade entre meio ambiente e terras indígenas, ainda que estas envolvam áreas de “conservação” e “preservação” ambiental. Essa compatibilidade é que autoriza a dupla afetação, sob a administração do competente órgão de defesa ambiental.

16. **A DEMARCAÇÃO NECESSARIAMENTE ENDÓGENA OU INTRAÉTNICA**. Cada etnia autóctone tem para si, com exclusividade, uma porção de terra compatível com sua peculiar forma de organização social. Daí o modelo contínuo de

demarcação, que é monoétnico, excluindo-se os intervalados espaços fundiários entre uma etnia e outra. Modelo *intraétnico* que subsiste mesmo nos casos de etnias lindeiras, salvo se as prolongadas relações amistosas entre etnias aborígenes venham a gerar, como no caso da Raposa Serra do Sol, uma *condivisão* empírica de espaços que impossibilite uma precisa fixação de fronteiras *interétnicas*. Sendo assim, se essa mais entranhada aproximação física ocorrer no plano dos fatos, como efetivamente se deu na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, não há como falar de demarcação *intraétnica*, menos ainda de espaços intervalados para legítima ocupação por não-índios, caracterização de terras estaduais devolutas, ou implantação de Municípios.

17. COMPATIBILIDADE ENTRE FAIXA DE FRONTEIRA E TERRAS INDÍGENAS.

Há compatibilidade entre o usufruto de terras indígenas e faixa de fronteira. Longe de se pôr como um ponto de fragilidade estrutural das faixas de fronteira, a permanente alocação indígena nesses estratégicos espaços em muito facilita e até obriga que as instituições de Estado (Forças Armadas e Polícia Federal, principalmente) se façam também presentes com seus postos de vigilância, equipamentos, batalhões, companhias e agentes. Sem precisar de licença de quem quer que seja para fazê-lo. Mecanismos, esses, a serem aproveitados como oportunidade ímpar para conscientizar ainda mais os nossos indígenas, instruí-los (a partir dos conscritos), alertá-los contra a influência eventualmente malsã de certas organizações não-governamentais estrangeiras, mobilizá-los em defesa da soberania nacional e reforçar neles o inato sentimento de brasilidade. Missão favorecida pelo fato de serem os nossos índios as primeiras pessoas a revelar devoção pelo nosso País (eles, os índios, que em toda nossa história contribuíram decisivamente para a defesa e integridade do território nacional) e até hoje dar mostras de conhecerem o seu interior e as suas bordas mais que ninguém.

18. FUNDAMENTOS JURÍDICOS E SALVAGUARDAS INSTITUCIONAIS QUE SE COMPLEMENTAM. Voto do relator que faz agregar aos respectivos fundamentos salvaguardas institucionais ditadas pela superlativa importância histórico-cultural da causa. Salvaguardas ampliadas a partir de voto-vista do Ministro Menezes Direito e deslocadas, por iniciativa deste, para a parte dispositiva da decisão. Técnica de decidibilidade que se adota para conferir maior teor de operacionalidade ao acórdão.

C) Ementário do Agravo Regimental na Suspensão de Liminar Nº. 47/PE

SL 47 AgR / PE - PERNAMBUCO

AG.REG. NA SUSPENSÃO DE LIMINAR

Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente)

Julgamento: 17/03/2010

Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação

DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010

EMENTA: Suspensão de Liminar. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde – SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de

poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Ordem de regularização dos serviços prestados em hospital público. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento.