



O PROTAGONISMO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA E AS BASES DA DEMOCRACIA: UMA ANÁLISE TEÓRICA E JURISPRUDENCIAL A PARTIR DO JULGAMENTO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DA ADI Nº 5.105-DF¹

Leopoldo Ayres de Vasconcelos Neto²

Maria Valentina de Moraes³

RESUMO: O presente trabalho expõe o resultado de uma pesquisa bibliográfica, concebida a partir do método dedutivo, para fins de abordagem, e monográfico, a título procedimental, acerca das bases da democracia frente ao atual protagonismo da Jurisdição Constitucional no Brasil. No decorrer do trabalho, buscou-se o esclarecimento de pontos importantes que permeiam a temática, como o seguinte problema: pode o Poder Judiciário adentrar nas atribuições dos demais poderes (Legislativo e Executivo) no sentido de dar sentido diverso às normas elaboradas pelo Legislativo? Se sim, qual o fundamento que legitimaria tal atuação? Para tanto, foram estudados temas como um breve aporte teórico acerca do que seriam o ativismo judicial e a judicialização da política, para, ao final, realizar-se uma análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.105-DF, julgada em outubro de 2015,

¹ Este artigo é resultante das atividades do projeto de pesquisa “Dever de proteção (Schutzpflicht) e proibição de proteção insuficiente (Untermassverbot) como critérios para o controle jurisdicional (qualitativo) de Políticas Públicas: possibilidades teóricas e análise crítica de sua utilização pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos”, financiado pelo CNPq (Edital Universal – Edital 14/2014 – Processo 454740/2014-0) e pela FAPERGS (Programa Pesquisador Gaúcho – Edital 02/2014 – Processo 2351-2551/14-5), onde os autores atuam na condição de coordenadora e de participante, respectivamente. A pesquisa é vinculada ao Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta” (CNPq) e desenvolvida junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP (financiado pelo FINEP) e ao Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana (financiado pelo FINEP), ligados ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC.

² Mestrando em Direito Constitucional e Políticas Públicas pelo Programa de Pós Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade de Santa Cruz do Sul - RS - UNISC (CAPES 5), com Bolsa Capes. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade Damásio de Jesus. Membro do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional Aberta: uma proposta de discussão da legitimidade e dos limites da jurisdição constitucional - instrumentos teóricos e práticos”, coordenado pela Professora Pós-Dr^a Mônia Clarissa Hennig Leal, vinculado e financiado pelo CNPq e à Academia Brasileira de Direito Constitucional ABDConst, desenvolvido junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP (financiado pelo FINEP), ligado ao PPGD da UNISC. Advogado. Email: lacvasconcelos@terra.com.br

³ Graduanda do 10º semestre do Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Bolsista de Iniciação Científica Unisc. Membro do Grupo de Pesquisa Jurisdição Constitucional aberta: uma proposta de discussão da legitimidade e dos limites da jurisdição constitucional - instrumentos teóricos e práticos, vinculado ao CNPq e coordenado pela Professora Pós-Dr^a Mônia Clarissa Hennig Leal. E-mail: <mariavalentina.23@hotmail.com>



através da qual o Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional a interpretação trazida pela Lei nº. 12.875/2013, a qual, em suma, tratou sobre o (não) acesso dos novos partidos políticos ao Fundo Partidário e à propaganda eleitoral, determinando, ao cabo, a incompatibilidade das regras que restringiam seu acesso aquele. Concluiu-se que o Poder Judiciário, ao julgar inconstitucional a interpretação atribuída a referida Lei pelo Congresso Nacional, sustentou seu posicionamento diante da inexistência de justificativas que demonstrassem a necessidade de uma mudança de entendimento, utilizando um discurso de máxima proteção aos direitos fundamentais pautada no diálogo institucional.

Palavras-chave: Democracia; Judicialização; Jurisdição Constitucional; Supremo Tribunal Federal;

Abstract: This article exposes the result of a bibliographic research, with a deductive method - for purposes of approach -, and monographic, in the procedural title, about the democracy's bases in front of current protagonism of the Constitutional Jurisdiction in Brazil. In this work, it sought the clarification to the important points that surround the topic, as the problem: can the Judicial Power to intervene in the attributions to the other Powers, giving a diverse sense to rules made by Legislative? If yes, what is the groundwork that would legitimize this intervention? To this, we realize a short explanation about that would should be the judicial activism and the politic judicialization, for, in the end, analyze the direct action of unconstitutionality nº. 5.105/DF, judging, in October/2015 by the Brazilian Supreme Court, the unconstitutionality of a interpretation to the law nº. 12.875/2013, which it was about the access the new political parties to the party fund and the electoral propaganda, determining, in the end, the incompatibility between the rules that restrain your access to this. It is concluded that the Judicial Power, in judging the unconstitutionality of a National Congress interpretation, maintained your position against the absence to justifications that show a need to the understanding change, using the discourse of a maximum protection to fundamental rights grounded in institutional dialogue.

Keywords: Democracy; Judicialization; Constitutional Jurisdiction; Brazilian Supreme Court;



1 INTRODUÇÃO

O presente estudo expõe o resultado de uma pesquisa bibliográfica, realizada com base no método dedutivo (fins de abordagem) e monográfico (fins procedimentais) sobre os limites e a legitimidade da atuação da jurisdição constitucional na atualidade.

Para tanto, será feito um breve aporte teórico acerca das diferenças existentes entre os fenômenos do ativismo judicial e da judicialização, tendo em vista que a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada no ano de 1988, instituiu um amplo e completo sistema de direitos individuais e coletivos, inaugurando, com isso, um novo espaço de debates, através do qual, por meio de uma cidadania participativa, busca-se a concretização e efetivação dos direitos fundamentais previstos no texto constitucional.

Assim, tem-se que a conseqüência lógica de uma cidadania participativa é justamente a ampliação da atuação do Poder Judiciário, visto que com direitos assegurados e instrumentos adequados capazes de concretizá-los, o judiciário é chamado a fim de evitar a violação e/ou omissão dos demais poderes públicos. Nesse sentido, tem-se que a Judicialização é muito mais um resultado do modelo constitucional adotado pelo país, do que uma deliberada atitude do Poder Judiciário, tendo o Supremo Tribunal Federal assumido uma postura de protagonista frente à inoperância dos demais poderes (embora não a reconheça), visando, acima de tudo, a concretização de direitos fundamentais.

Outrossim, ao assumir o papel de protagonista, tem o STF agido positivamente e construtivamente na efetivação de direitos até então previstos na legislação, porém, ainda não efetivados, seja pela inoperância do Poder Executivo ante a falta de políticas públicas, seja pela ausência do Legislativo, ante a falta de iniciativa para alteração e/ou modificação de leis via processo legislativo perante os órgãos competentes.

Com base nisso, ao cabo, a fim de evidenciar o protagonismo assumido pela jurisdição constitucional brasileira, analisa-se a ADI nº 5.105-DF, através do qual o Supremo declarou incompatível com as previsões constitucionais insculpidas na Carta Magna a Lei 12.875/2013, a qual restringia o acesso de partidos novos aos recursos do Fundo Partidário e a Propaganda Eleitoral.



2. A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O PROTAGONISMO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA EM TEMPOS DE JUDICIALIZAÇÃO

A atuação da Jurisdição Constitucional é um dos temas mais invocados nos tempos modernos quando se fala em Constitucionalismo Contemporâneo. A evolução da sociedade implica diretamente na forma de agir dos tribunais, o que faz surgir fenômenos, como por exemplo, o da judicialização e o do ativismo judicial (ALVES, LEAL, 2015). Tem-se, com isso, necessário, desde já, deixar claro que se entende que a judicialização nada mais é do que uma característica e uma consequência do próprio Constitucionalismo Contemporâneo.

Para tanto destaca-se que a judicialização tem como significado uma larga repercussão tanto política como social de modo que algumas matérias são decididas pelo Poder Judiciário “[...] e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral” (Barroso, 2012, p.03). Já o ativismo judicial, está intimamente ligado a ideia de intervenção e interpretação por parte do Poder Judiciário junto a atuação dos demais poderes, tendo, como único e principal objetivo, a concretização de direitos e garantias fundamentais expressos na constituição. Para tanto tem-se ainda outro entendimento acerca da ação atuante do Poder Judiciário, onde se destaca que:

O cumprimento da função política na atividade judicante se dá numa dimensão muito mais ampla que a de controlar os outros poderes. Ela se verifica quando, no exercício da jurisdição, busca-se dar efetividade aos direitos fundamentais (sociais), por meio de uma postura “ativista (do magistrado), progressista, evolutiva e reformadora, a saber interpretar a realidade da sua época e conferir as suas decisões um sentido construtivo e modernizador, orientando-se para a consagração dos valores essenciais em vigor” (Leite, 2009, p. 81), atuando como agente copartícipe em redistribuir os direitos e a justiça social (VASCONCELOS, 2015, p. 119)

Tem-se que, atualmente, a atuação da jurisdição constitucional vai muito além de apenas apreciar a Constituição Federal em seus aspectos formais, para, assim, garantir a sua inviolabilidade e preservação, consoante ocorria no passado enquanto da vigência do modelo de estado liberal. Hodiernamente, em tempos de estado democrático, a atuação da jurisdição constitucional vai muito além da garantia da



ordem constitucional, ganhando espaço na medida em que se exige do Poder Judiciário não somente uma atuação garantidora perante a CF, e sim um agir pró-ativo no sentido de concretização dos direitos e garantias previstos no texto constitucional (LEAL, 2007).

Nesse diapasão, o atual modelo de Estado exige do Poder Judiciário uma atuação construtiva e criativa, ou seja, o desempenho de um papel valorativo na criação de conteúdos tidos como fundamentais, de modo que:

Isso se deve pela atuação criativa que exerce o intérprete, pela atribuição de sentido aos conceitos jurídicos indeterminados e pela realização de escolhas entre as soluções possíveis, mas também em razão de suas decisões afetarem o equilíbrio entre os poderes, em função do controle que exercem sobre eles (RIOS, SILVA E MANDALAZZO, 2010, p.13)

Ocorre que, é a partir dessa construção de atuação da jurisdição constitucional que começam a emergir questões relacionadas aos limites e a legitimidade da atuação da mesma. É justamente em decorrência desse novo modelo determinante de agir assumido pela jurisdição constitucional que surgem situações problemas tais como: não estaria o poder judiciário extrapolando suas funções típicas e legislando? E mais, não estaria o Poder Judiciário, por meio desse novo modelo de agir em se tratando de jurisdição constitucional, sendo paternalista, na medida em que chama para si toda a responsabilidade de dizer o que é a Constituição de um Estado? Ainda, não estaria o poder judiciário sendo prepotente, na medida em que legitima sua atuação de dizer o que é a constituição em sua própria autoridade enquanto corte suprema brasileira?

É a partir dos questionamentos postos acima que Mônia Clarrissa Henning Leal (LEAL, 2007) apresenta o seguinte questionamento: considerando-se os aspectos materiais e valorativos que identificam o Estado Democrático de Direito, como pode ser legítima a atuação da jurisdição constitucional sem se violar o princípio da separação dos poderes e, mais do que isso, sem se violar aquilo que, na esfera legislativa é determinado segundo o critério - presumidamente mais democrático - da vontade da maioria, característica tradicional da democracia representativa? (LEAL, 2007)

Nesse sentido, tem-se que em um contexto democrático a compreensão das funções de estado de forma estanque, em sua concepção clássica de divisão de poderes, vai em sentido contrário ao atual pensamento jurídico, propondo que a



jurisdição constitucional deve ser compreendida e aplicada a partir de uma perspectiva compartilhada, no sentido de ampliação dos espaços democráticos, a fim de não operar sob a ótica da exclusão, mas sim sob o enfoque da inclusão. E mais, a legitimidade da atuação da jurisdição constitucional não reside no debate entre as correntes procedimentalista e substancialista, mas sim naquilo que hoje denomina-se de "jurisdição constitucional aberta", teoria na qual ambas as correntes não são tratadas como excludentes entre si, mas como elementos interdependentes e integrados, sustentando-se, ao final, a necessidade de ser a jurisdição um meio para o exercício da cidadania e do debate público (LEAL, 2007).

Em meio a essa temática, é importante saber que a noção de constituição como documento jurídico de um estado é uma criação da modernidade, no sentido de vincular a noção de poder aos preceitos do direito. Além do mais cabe salientar que o reconhecimento da força normativa da Constituição se deu no período pós-segunda guerra mundial a idéia de jurisdição constitucional e legitimidade da jurisdição constitucional ganhou relevo nos debates, vez que surge no cenário global uma latente preocupação dos Estados com a garantia dos direitos humanos, incumbindo aos tribunais constitucionais de cada Estado chamar para si a responsabilidade de preservar a constituição e garantir a concretização dos direitos lá previstos.

Neste sentido tem-se que o reconhecimento normativo da Constituição como bem salientado anteriormente ocorre com a expansão da cobertura constitucional e ainda com a constitucionalização dos direitos sociais, além dos direitos civis e políticos, dando a ideia da força normativa da Constituição, que vai dar subsídios para maior efetividade das normas protetoras de direitos fundamentais, reforçando o poder-dever do Judiciário de garanti-los (SANTOS, 2010). Tem-se ainda que:

[...] sobreveio à 2ª Guerra Mundial e teve início na Alemanha e na Itália. Vale dizer que às normas constitucionais foram atribuídas o *status* de norma jurídica, e não mais de um documento essencialmente político, de aplicação discricionária. Passaram a ser normas dotadas de imperatividade, como todas as normas jurídicas, e protegidas por mecanismos próprios de coação. Esse debate¹³ só chegou ao Brasil na década de 80, visto que o país padecia de patologias ligadas ao autoritarismo (RIOS, SILVA E MANDALAZZO, 2010, p.04)

Assim, tem-se que é no Estado liberal, a partir da revolução francesa de 1789, que se inaugura a "era das constituições", rompendo-se de vez com o sistema feudal



até então vigente, o qual pregava que o poder concentrado nas mãos de poucos era uma vontade divina. Nesse contexto, mediante a queda do feudalismo, emerge a noção de que o estado nada mais é do que uma criação decorrente de um pacto celebrado entre homens livres e iguais, os quais delegam a ele, Estado, as funções de proteção e garantia de suas liberdades e direitos (LEAL, 2007)

Nesta senda, pode-se extrair a idéia de que o estado é legitimado pelo povo na medida em que este delega a ele a função de garantir a sua liberdade e o pleno gozo dos direitos, fazendo com que o estado exista para servi-lo e garantir sua vida em comunidade. Assim o Estado liberal, então, inaugura a idéia de que o homem é anterior ao Estado, e, com isso, inverte a perspectiva de garantias de direitos dos cidadãos e dos deveres do Estado, o qual passa a ser regido por dois princípios, quais sejam, o princípio da distribuição e o princípio da organização (LEAL, 2007).

A primeira parte da premissa de que se o homem é anterior ao Estado, sua liberdade, então, deve ser ilimitada, sendo o poder do estado de invadi-la é limitado, ou seja, decorrendo o pensamento de que "[...] ao indivíduo é permitido fazer tudo aquilo que não é proibido e, ao Estado, somente aquilo que é permitido" (LEAL, 2007, p. 08). Do exposto, é possível inferir que o Estado liberal trata o próprio estado como um "mal necessário", o qual não pode interferir sem limites na vida dos indivíduos, devendo intervir somente quando e se necessário. Aqui, a autoridade do indivíduo enquanto cidadão é a regra e a intervenção estatal é a exceção.

Nesse contexto, pode-se dizer que o estado liberal tem como marca o positivismo e o legalismo, onde o Estado somente poderia atuar caso existisse lei anterior autorizando-o, trazendo, assim, uma supremacia do Poder Legislativo em detrimento dos demais poderes do Estado, assumindo o Poder Judiciário um papel extremamente discreto e reduzido na medida em que o juiz era proibido de interpretar a lei, devendo-se restringir-se apenas a aplicá-la do modo em que pensada e posta pelo legislador, período este em que o juiz ganhou o famoso apelido de "boca da lei", o que pode se concluir que nesta época o magistrado era restrito a não ter qualquer atividade criativa, no que dizia respeito interpretar e aplicar a norma ao caso em concreto (LEAL, 2007).

Ainda na vigência do Estado liberal foi possível verificar-se, no âmbito do direito norte americano, a existência de um controle de constitucionalidade, a partir da idéia de que cabe ao Judiciário salvaguardar a constituição, no qual todo e qualquer juiz é capaz de afastar a aplicação de uma norma considerada contrária à



Constituição. Assim, desenvolveu-se a figura do ativismo judicial, o que, em singelas palavras, resume-se a uma atuação ativa do Poder Judiciário na preservação da constituição (LEAL, 2007).

Por seu turno, a Europa, ao contrário dos americanos, permaneceu cultuando a idéia de vinculação do judiciário a lei, somente vindo a mudar seu posicionamento no início do século XX com o início das discussões acerca do estado de bem-estar social. Nesse contexto, resta latente a idéia de que as Constituições tiveram, em seu início uma concepção muito distinta, quando se fala em continente americano e europeu. Nos Estados Unidos desde sempre se teve a prerrogativa de não se aplicar uma lei quando esta mostrava-se desconforme com a constituição, o que já não ocorria na Europa, uma vez que, em virtude do próprio regime de estado vigente à época, por mais de um século, rechaçava-se a idéia de não aplicabilidade de leis em virtude de desconformidade da mesma com a constituição (NOVAIS, 2012)

É somente após a segunda grande guerra que as Constituições passam a ser concebidas sob uma perspectiva comunitária, ou seja, como sendo o reflexo dos valores da sociedade-comunidade que a adota, passando a serem constituições políticas (passam a englobar os princípios de legitimação do poder) e não somente estatais (apenas a organização e os limites do Estado). Compreende-se então que o “[...] Campo constitucional é, por conseguinte, ampliado para abranger toda a sociedade, e não só o Estado” (LEAL, 2007, p.31)

Nesta seara, em um contexto de desigualdades gerado pela noção de igualdade formal trazida pelas constituições, os movimentos sociais começam a reclamar uma atuação mais efetiva do Estado no sentido de garantir uma igualdade material, uma igualdade prática, onde não apenas ficasse garantido que todos são iguais perante a lei, mas que o Estado conseguisse garantir essa igualdade na prática, assegurando a todos a efetivação e o pleno gozo de seus direitos, é que surge o estado de bem estar social, orientado pelo princípio da igualdade social, através do qual o estado não poder mais ser visto como um mero espectador, devendo intervir diretamente nas questões sociais.

Destaca-se ainda que o Estado Social de Direito, também chamado de Estado de Bem- Estar, se vincula com a ideia da “[...] construção de uma ordem jurídica na qual está presente a limitação do Estado ladeada por um conjunto de garantias e prestações positivas que referem a busca de um equilíbrio não atingido pela sociedade liberal” (MAAS, 2011, p. 22)



Tem-se, com isso, que foram através dos trágicos episódios de violações de direitos ocorridos na segunda grande guerra, que geraram um forte movimento de resgate das noções de democracia e de dignidade da pessoa humana, uma vez que visível a grande preocupação do legislador no momento da elaboração da Constituição, no período pós-guerra, com os ditos direitos humanos, aqueles universais e invioláveis, visto que trazem consigo a noção de zelo com direitos que transcendem o critério da maioria, ou seja, desmascaram a igualdade formal até então predominante nas constituições antecessoras, uma vez que protegem aqueles que, por algum motivo, não podem integrar essa maioria (LEAL, 2007)

Outro aspecto importante de se observar é que a jurisdição constitucional tem seu maior avanço e desenvolvimento dentro do continente europeu justamente em países nos quais os regimes totalitários foram os mais cruéis. Isso se justifica, dentre outros fundamentos, pelo fracasso dos regimes positivistas que tentaram serem impostos pelos ditadores. Ainda, importante ressaltar que as Constituições abertas são inovadoras quanto à extensão de seu alcance, uma vez que toda a ordem jurídica passa a ser abarcada pela Constituição em sua base principiológica, ao passo que, no passado, previam direitos os quais somente atingiam certa parcela da população, de modo que “[...] sua estrutura permite uma aferição de seus conteúdos na realidade cotidiana, isto é, em face da vida constitucional propriamente dita” (LEAL, 2007, p. 40). Para tanto é com o Estado Democrático de Direito que se percebe a importante concretização dos direitos, o que provoca um novo deslocamento dos poderes, para o Poder Judiciário, passando a ter um papel essencial na efetivação e na proteção dos direitos (LEAL, 2007)

Entretanto, tal característica acaba por ensejar uma forte atuação por parte do Poder Judiciário, a fim de que este interprete a Constituição e, com isso, defina a extensão e o alcance de cada direito lá previsto em face do caso concreto. Nesse diapasão, deixa a Constituição de ser apenas um documento garantista e limitador do poder, bem como uma mera declaração de intenções políticas, para assumir o papel de um documento no qual se expressam os valores mais sagrados e intangíveis de um povo, podendo ser equiparada a expressão máxima caracterizadora do Estado Democrático de Direito.

Assim, tem-se que são duas as principais características da sociedade contemporânea capazes de definir a idéia de constituição aberta, sendo a primeira delas a diferenciação social e a segunda o pluralismo, motivos pelos quais não seria



razoável entender o ordenamento jurídico constitucional como sendo um sistema normativo completo e fechado, caracterizado pela ordem e pela unidade, visto que é necessária a constante integração do texto constitucional com a realidade fática (LEAL, 2007).

Em outras palavras, é certo que o período democrático consagrou a noção de Constituição aberta como sendo esta o documento máximo de um Estado pautado em uma base principiológica capaz de refletir os valores mais caros de um determinado povo. Entretanto, é justamente o caráter aberto da Constituição que enseja uma atuação efetiva e criativa dos tribunais, os quais precisam interpretar a constituição para, com isso, dizer o alcance e/ou o limite de cada direito frente ao caso concreto.

Tal sistema justifica-se pelo fato de que a história já mostrou que o mero Estado de Direito formal não é suficiente para assegurar direitos, uma vez que não passam de meras cláusulas gerais sem qualquer tipo de eficácia prática. Nesse contexto, a atuação interpretativa dos tribunais, e, por conseqüência sua grande capacidade construtiva, vem no sentido de fortalecer e consagrar direitos fundamentais, tendo como referência central a dignidade da pessoa humana, princípio este que pode ser entendido como o mais importante dos princípios de uma nação.

Em contrapartida a esse movimento construtivo dos tribunais, surgem alguns problemas, a exemplo deles, o fato de o Poder Judiciário, por vezes, extrapolar suas funções de provedor do controle de constitucionalidade e acabar por legislar. No que se refere a esse aspecto tem-se que a interpretação conforme, que se inclui entre os tipos de sentenças interpretativas, entende que um preceito legal somente pode ser declarado inconstitucional quando não tenha relação com nenhum dispositivo da Constituição.

Tal entendimento tem por prerrogativa a preservação das leis e o respeito para com a atividade desenvolvida pelo Poder Legislativo, uma vez que a declaração de nulidade ou inconstitucionalidade de uma lei deve ser a última alternativa a ser alcançada pelos tribunais constitucionais. Ou seja, é justamente com o intuito de preservar as leis emanadas pelo Legislativo que os tribunais constitucionais precisam interpretá-las para que estas se adéquem ao texto constitucional e sejam aplicadas de forma correta para que não seja tida como inconstitucional. Assim, a interpretação conforme consagra e concretiza a



supremacia da Constituição, respeitando a atividade legislativa, não havendo, portanto, que se falar em extrapolação de funções por parte do Poder Judiciário.

Contudo há quem entenda que na verdade a interpretação conforme, pode sofrer inúmeras críticas, pelo fato de haver uma imposição da melhor interpretação pelo tribunal, de modo que “[...] correr-se-ia o risco de um certo autoritarismo hermenêutico em detrimento de outras interpretações igualmente constitucionais, já que estes contornos são, muitas vezes, tênues e imprecisos” (LEAL, 2007, p. 83).

Como base no exposto, tem-se que a grande questão é entender a atuação da jurisdição constitucional sob uma perspectiva de cooperação e não de competição e atrito com os demais Poderes do Estado (Legislativo e Executivo), vez que não pretende o Poder Judiciário, a partir da interpretação das normas, criticar ou até mesmo esvaziar a atuação legislativa. Muito pelo contrário, tem-se que a atuação da jurisdição constitucional vem a somar na medida em que tem por objetivo aclarar as normas, bem como torná-las amplamente aplicáveis e garantidoras de direitos, a fim de que tais normas possam de fato ser a expressão e a concretização de tudo o que consta previsto na constituição, esta última entendida como sendo a expressão máxima dos valores mais caros à sociedade que a adota. Em outras palavras, a atuação interpretativa/construtiva da jurisdição constitucional busca a concretização dos preceitos e direitos fundamentais elencados pelo povo que a legitima.

Nesse sentido, em se tratando de Estado de Direito não há nada mais importante que a garantia dos direitos fundamentais, como a liberdade, a segurança social, a privacidade, o trabalho, dentre tantos outros, sendo função primordial da Constituição garanti-los e, por sua vez, do tribunal constitucional do país resguardá-los, efetivá-los e intervir quando verificada qualquer situação de violação, seja por parte do Estado ou de particulares (REIS, 2012).

Por fim, nos dias atuais, é inegável o caráter político assumido pelos tribunais constitucionais, vez que tal fenômeno decorre da própria natureza das funções que são chamados a desempenhar, bem como pela modalidade de designação de seus membros, que é política, normalmente por indicação dos Poderes Executivos e Legislativos do país, e, ainda, pela dinâmica de duração do mandato, que em regra é vitalícia.

Derradeiramente, tem-se que a politização da jurisdição constitucional acentua-se quando se atribui aos tribunais constitucionais a função de fixar os



limites de sua própria atuação, isto é, fixar a sua competência, e, ao mesmo tempo, fixar o alcance dos efeitos de suas próprias decisões (NOVAIS, 2012). Ademais, é evidente que a atuação do Poder Judiciário está condicionada à demonstração de que a lei viola, transcende, suprime, altera ou afronta algum direito esculpido como fundamental.

Assim, tem-se que a Constituição é o documento limitador máximo da atuação de todos que a ela se submetem, inclusive o Poder Judiciário, pois representa o conjunto de valores e ideais mais caros de um povo, sendo indispensável a atuação dos tribunais constitucionais no sentido de garantir a inviolabilidade dos direitos lá previstos, bem como sua efetiva concretização, agindo sempre que se verificar ameaça ou afronta a direitos fundamentais, inclusive em face do próprio Estado, quando for este a figura violadora.

3 A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE nº. 5.105/DF E A ÚLTIMA PALAVRA NA JURISDIÇÃO: superação de precedentes e a objeção contramajoritária

No atual cenário brasileiro, com todas as modificações que decorreram de uma nova forma de organização do Estado⁴, a atuação do Supremo Tribunal Federal, como órgão máximo em nossa jurisdição constitucional, sofreu modificações e passou a ocupar um papel de destaque na relação entre os Poderes do Estado.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, conhecida como constituição cidadã, um grande rol de direitos fundamentais sociais foram reconhecidos e abarcados em seu conteúdo⁵. Dessa forma, frente aos inúmeros

⁴ Além do Papel do Poder Judiciário, a ideia de democracia também sofreu influências e demonstrou a necessidade de se renovar frente às novas organizações existentes no país e no mundo como um todo. Nesse sentido, Vieira (2001, p. 21-22) ressalta que "a democracia foi concebida para o espaço nacional e o mundo hoje se integrou. Ela ficou por isso imperfeita. Uma nova democracia tem de ser construída de maneira a assegurar os sagrados valores nacionais, levando em conta os reais poderes internacionais", complementando ainda que "a democracia foi concebida para representar os interesses da maioria dos indivíduos, movidos por suas vontades limitadas ao curto prazo, mas as técnicas de hoje provocam efeitos de longuíssimo prazo".

⁵ Interessante apontar, como relembra Mendes (2012, p. 483) que "a Constituição brasileira não apenas prevê expressamente a existência de direitos fundamentais sociais (art. 6º), especificando seu conteúdo e forma de prestação (arts. 196, 201, 203, 205, 215, 217, entre outros), como também não faz distinção entre os direitos e deveres individuais e coletivos (Capítulo I do Título II) e os direitos sociais (Capítulo II do Título II), ao estabelecer que os direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata (CF/88, art. 5º, §1º)".



direitos reconhecidos constitucionalmente, a jurisdição constitucional - e, conseqüentemente o Supremo Tribunal Federal - passaram a desempenhar um função de grande importância no que se refere à proteção e garantia de tais direitos.

Hachem (2014, p. 288) observa, no que diz respeito ao reconhecimento de direitos por uma Constituição, em uma análise do teor do artigo 5º da Constituição Federal pátria, que:

la literalidad de dicho dispositivo, sumada a la aspiración de extraer plena eficacia de las determinaciones constitucionales en materia de derechos fundamentales económicos y sociales, condujo a parte de la doctrina a sostener la posibilidad de postular judicialmente, ante las omisiones de la Administración Pública, la realización de estos derechos. Tales ideas lograron acogida por los tribunales, que, abandonando una postura conservadora, reticente a aceptar que con fulcro en las disposiciones definidoras de derechos sociales sería posible reclamar actuaciones estatales positivas, pasaron a certificar la fundamentalidad de los derechos sociales (en especial los derechos a la educación y a la salud) y encararlos como derechos subjetivos, prontamente exigibles frente al Poder Judicial.

Assim, diante do citado, foi crescente o número de demandas buscando a concretização de direitos fundamentais sociais pelo Poder Judiciário - na condição de detentor da última palavra na jurisdição e de guardião da Carta Magna -, o que culminou no fenômeno da judicialização. Para Maas (2014, p. 26), esse fenômeno:

consiste no resultado de um processo histórico, típico do constitucionalismo democrático, que tem por base, notadamente, múltiplos fatores, tais como a centralidade da Constituição e sua força normativa, associada a aspectos como o caráter principiológico, a supremacia e a dimensão objetiva dos direitos fundamentais [...]. Sua principal característica reside, portanto, num protagonismo do Judiciário, resultante de uma confluência de fatores que conduzem a uma transferência de decisões estratégicas sobre temas fundamentais (tradicionalmente reservadas à esfera política e deliberativa) a esse Poder, fazendo com que o direito seja, cada vez mais, um direito judicial, construído, no caso concreto, pelos magistrados.

Dessa maneira, é interessante analisar como o próprio Poder Judiciário vem compreendendo a atuação jurisdicional da mais alta Corte brasileira, observando de forma crítica como tem ocorrido o entendimento relativo à decisão final e ao controle de constitucionalidade das leis pelo órgão. Ainda, busca-se analisar algumas críticas relacionadas com a atuação do Supremo Tribunal Federal, as quais dizem respeito ao caráter contramajoritário do Tribunal e a relação com os Poderes eleitos democraticamente em nosso país.



Para tanto, utiliza-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.105/DF como pano de fundo à discussão envolvendo a atuação do Judiciário e a ideia de superação de precedentes judiciais pelos Poderes Legislativo e Executivo, de forma a tecer contrapontos entre os argumentos apresentados e tentar buscar um novo olhar quanto ao papel da jurisdição constitucional no Brasil.

A ação direta de inconstitucionalidade n. 5.105, julgada em outubro de 2015, tratou sobre o acesso dos novos partidos ao Fundo Partidário e à propaganda eleitoral, determinando a inconstitucionalidade das regras que restringiam seu acesso aqueles.

Para além do mérito, a discussão principal centrou-se na questão relativa à superação judicial, ou seja, na possibilidade de outro Poder - no caso, o Poder Legislativo - atribuir nova interpretação à um dispositivo de forma diferente do que anteriormente decidido pelo Supremo Tribunal Federal. No caso em análise, o Congresso Nacional editou a Lei nº. 12.875/2013 com conteúdo oposto ao entendimento conforme que já havia sido atribuído à matéria pelo mais alto Tribunal brasileiro em momento anterior. A questão foi levada novamente ao Tribunal.

A decisão apresenta, nos argumentos trazidos pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, abordagens a respeito do papel da jurisdição constitucional no país e dialoga com questões como a crítica contramajoritária e a relação entre Poderes. O Ministro Luiz Fux (STF, 2015, p. 33), em seu voto, destaca o que entende como sendo "*uma das principais características da jurisdição constitucional*", colocando que

o ponto é que uma das principais características da jurisdição constitucional – e que, por isso mesmo, torna-se parte de sua essência – é funcionar como uma espécie de garante das condições mínimas da democracia. Esse tipo de atuação das Cortes constitucionais e das Supremas Cortes é consensual, aceito e prestigiado até pelos mais fervorosos críticos do chamado ativismo judicial.

Por essa razão, a garantia do exercício dos direitos fundamentais e democráticos de participação política está intrinsecamente ligada à própria regularidade do processo democrático, e a atuação da jurisdição constitucional nessa seara revela-se de extrema importância sempre que haja lesão ou ameaça de lesão a tais direitos.

Fux (STF, 2015, p. 35) continua, concluindo que "eventual objeção democrática não desautoriza a intervenção judicial, visto que o exercício da



jurisdição constitucional, na espécie, milita em favor do regime democrático"⁶, afastando o argumento de que a natureza contramajoritária e não eleita⁷ do órgão teria o condão de inviabilizar sua análise quanto à questão debatida.

Percebe-se, no decorrer do embasamento utilizado nas votações, frequentes referências à ligação entre a atuação jurisdicional e uma preocupação com uma não violação à democracia⁸. Sustenta-se, ainda, o papel de defesa de direitos fundamentais conferido ao Poder Judiciário e também a premência de debates bem fundamentados para que melhores decisões sejam tomadas e para que direitos sejam realmente efetivados.

Nesse sentido, o Ministro Luís Roberto Barroso (STF, 2015, p. 1) faz referência às concepções de democracia contemporânea, salientando a necessidade de um debate que permita a superação de decisões emanadas pelo Supremo.

Eu penso que a democracia contemporânea deve ser apreciada em três dimensões. A primeira dimensão é a do voto, materializada na democracia representativa. A segunda dimensão é a dos direitos fundamentais, materializada na democracia constitucional. E a terceira dimensão é a das razões, materializada na democracia deliberativa, na democracia que já não se faz apenas no momento eleitoral, mas mediante um debate público constante de oferecimento de argumentos, de troca de ideias em diferentes fóruns.

⁶ Oportuno referir o citado por Nino (1997, p. 272), quanto aos argumentos favoráveis ao controle de constitucionalidade, dentre eles, à proteção ao processo democrático: "la versión sofisticada del argumento a favor del control judicial de constitucionalidad basada sobre las condiciones de la democracia señala precisamente, al menos en la primera etapa, que los prerequisites ideales del proceso democrático gozan de valor epistémico. La superioridad epistémica no es algo que surge del proceso democrático sólo a partir del mero hecho de llamarse "democrático"; éste depende de ciertas condiciones positivas y negativas que el proceso debe cumplir".

⁷ Müller (2013, p. 56) analisa o que entende como "estrutura de legitimação", colocando que "os poderes "executantes", isto é Executivo e Judiciário, não estão apenas instituídos e não são apenas controlados conforme o Estado de Direito; estão também comprometidos com a democracia. O povo ativo elege os seus representantes; do trabalho dos mesmos resultam (entre outras coisas) os textos das normas; estes são, por sua vez, implementados nas diferentes funções do aparelho de Estado; [...] Tudo isso forma uma espécie de circulação de atos de legitimação, que em nenhum lugar pode ser interrompido (de modo não democrático). Esse é o lado democrático que foi denominado *estrutura de legitimação*". (Grifos no original)

⁸ Nino (1997, p. 276), tece uma crítica no tocante à limitação de interferências judiciais no sistema democrático, enfatizando que "debemos ser cuidadosos al limitar los casos en los que estamos dispuestos a interferir com el sistema democrático para su propia protección. Si decidimos, por ejemplo, que una alternativa, es requerida como precondition para el funcionamiento apropiado del sistema democrático, impedimos que el sistema pueda intervenir en la discusión acerca de cuál es la forma más apropiada distribución. En última instancia, podría suceder que tengamos un sistema democrático magnífico, desde el punto de vista epistémico, pero que sólo deja espacio para decidir sobre muy pocas cuestiones".



Sustentou o Ministro, ainda, que a lei promulgada pelo Congresso Nacional não explicitou os motivos pelos quais sua interpretação era mais correta que a já atribuída pelo mais alto Tribunal do país àquele caso e que a superação de um entendimento já firmado, sem razões que embasem a pretensão, transformaria o Congresso em mero revisor de decisões proferidas pela Corte brasileira (STF, 2015, p. 6). Referiu, ainda, uma mudança no papel do Supremo Tribunal Federal brasileiro, o qual teria deixado de lado a ideia de supremacia judicial, tornando-se aberto ao debate (STF, 2015, p. 12). Assim pontuou:

recentemente, contudo, essa visão tem sido atenuada, por influência da ideia de democracia deliberativa. A meu ver com razão, tem se compreendido que a supremacia judicial deve ceder espaço aos chamados *diálogos institucionais*. Nunca existiria, assim, uma decisão final e definitiva sobre determinada questão constitucional.

Assim, é possível constatar que a decisão, na maior parte dos votos proferidos pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, busca embasamento na teoria dos diálogos⁹ e destina-se, ao menos em tese, a demonstrar a necessidade de que ocorram debates e argumentações que demonstrem que a interpretação X é mais correta - ou que também encontra respaldo constitucional - do que a interpretação Z. É clara a preocupação dos Ministros da Corte em justificar a inconstitucionalidade da interpretação trazida, de forma diversa da anterior, pela Lei nº. 12.875/2013, com base na ausência ou insuficiência de embasamento que demonstre a necessidade de nova interpretação no que se refere ao acesso de novos partidos ao Fundo Partidário.

Em mesmo discurso, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes (STF, 2015, p. 5) observa a questão da justificação por um viés mais realista, como se transcreve:

tem de haver exigência de uma fundamentação reiterada do legislador para a mudança. Nós sabemos que, na prática, é difícil se exigir isso. O que podemos fazer? Avaliar, talvez, os projetos, as justificativas, as exposições de motivos. Mas claro que isso é insuficiente. O que nos cabe é fazer uma análise objetiva das razões da Lei. Haveria justificativa para a mudança?

⁹ Mendes (2008, p. 15) refere quanto à teoria do "diálogo institucional" que "basicamente, essas teorias defendem que não deve haver competição ou conflito pela última palavra, mas um diálogo permanente e cooperativo entre instituições que, por meio de suas singulares expertises e contextos decisórios, são parceiros na busca do melhor significado constitucional. Assim, não haveria prioridade, hierarquia ou verticalidade entre instituições lutando pelo monopólio decisório sobre direitos fundamentais. Haveria, ao contrário, uma cadeia de contribuições horizontais que ajudariam a refinar, com a passagem do tempo, boas respostas para questões coletivas. Separação de poderes, nesse sentido, envolveria circularidade e complementaridade infinitas".



Até porque, do contrário, podemos, como estamos fazendo, declarar a inconstitucionalidade da norma, mas essa é uma forma relativamente pacífica, tranquila, de diálogo institucional.

Outrossim, como bem salientado pelo Ministro, o discurso relativo à existência - e necessidade - de realização de diálogos institucionais entre os Poderes do Estado, ao menos na teoria jurisprudencial, demonstra a preocupação com a proteção e realização de direitos fundamentais, políticos e de cidadania, diferindo, contudo, do que ocorre na prática.

CONCLUSÃO

A judicialização, como um fenômeno crescente em nosso país, se dá, em grande medida, em decorrência de Constituição Federal brasileira, a qual possui um grande rol de direitos fundamentais com conteúdo aberto. Configura-se esta também como uma limitadora da atuação do Poder Judiciário e dos demais que tem a função de garantia dos direitos lá positivados.

Por outro lado, ainda que o Supremo Tribunal Federal, na condição de interprete constitucional, sustente um discurso de abertura ao diálogo e afirme a possibilidade de uma última palavra provisória em nossa jurisdição, tal ideia é questionável. Diante do conteúdo previsto em nossa Constituição e da evolução de conceitos como o de democracia, pode se afirmar ser necessário o diálogo entre os Poderes do Estado.

Contudo, percebe-se uma dificuldade de aplicação de referidos postulados na prática brasileira, fazendo-se imprescindível que os Poderes Legislativo e Judiciário - neste caso - tentem viabilizar mencionados diálogos, a fim de acompanhar as mudanças que vem ocorrendo quanto à democracia representativa, em crise, e a invocação de uma democracia deliberativa, a qual, inevitavelmente, se choca com o atual cenário de harmonia - ou falta de - entre os três Poderes.

REFERÊNCIAS

ALVES, Felipe Dalenogare; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Judicialização e Ativismos Judicial. *O Supremo Tribunal Federal entre a interpretação e a intervenção na esfera de atuação dos demais Poderes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.



ALVES, Fernando Roberto Schnorr; MEOTTI, Francieli. *Garantidor dos Direitos Fundamentais: uma análise da PEC nº 33 a partir da discussão do papel da Jurisdição Constitucional no Estado Democrático de Direito*. In: ALVES, F.D.; LEAL, M.C.H.; MAAS, R.H. (Org.), *Jurisdição Constitucional Aberta. Uma análise da PEC 33*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <[http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso para Selecao.pdf](http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf)> Acesso em: 08 Out. 2016.

_____. *Retrospectiva 2008 – Judicialização, ativismo e legitimidade democrática*. Revista Eletrônica de Direito do Estado, núm. 18, abr./jun. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-18-ABRIL-2009-LUIS%20BARROSO.pdf>>. Acesso em 14 de julho de 2016.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 118.533*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4432320>. Acesso em 16 de julho de 2016.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.105*. Rel. Ministro Luiz Fux. Julgado em 01 out. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 03 ago. 2016.

CASTILHOS, Sérgio Luiz de; CASTILHOS, Tânia Mariza Garcia de. *Jurisdição Constitucional Aberta: a legitimidade da sua atuação frente aos Direitos Fundamentais, a Democracia e o Estado Democrático de Direito*. In: ALVES, F.D.; LEAL, M.C.H.; MEOTTI, F.F. (Org.). *A Jurisdição Constitucional Brasileira. Perspectivas e Desafios*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2015.

HACHEM, Daniel Wunder. *Derechos fundamentales económicos y sociales y la responsabilidad del Estado por omisión*. Estudios Constitucionales, Ano 12, nº. 1, 2014.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional Aberta. Reflexões sobre a legitimidade e os limites da Jurisdição Constitucional na ordem democrática*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

_____. *La Jurisdicción Constitucional Entre Judicialización Y Activismo Judicial: ¿Existe Realmente “Un Activismo” o “El” Activismo?”*. Estudios Constitucionales. Santiago, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, v. 10, núm. 2, p. 429-453, 2012. Disponível em: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002012000200011. Acesso em 17 de julho de 2016.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; MASS, Rosana Helena. *O Amicus Curiae e o Supremo Tribunal Federal: fundamentos teóricos e análise crítica*. Curitiba: Multideia, 2014.

MAAS, Rosana Helena. *O Amicus Curiae como instrumento de realização de uma jurisdição constitucional aberta: a repercussão do instituto na ação direta de*



incosntitucionalidade n. 3.510/DF sobre a lei da biossegurança. 2011. 201 f. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado) – Universidade de Santa Cruz do Sul, 2011.

MAZZARDO, Luciane de Freitas; SOVERAL, Raquel Tomé. *Norma e Jurisdição Aberta e a atuação interpretativa do Poder Judiciário: uma análise do direito fundamental à razoável duração do processo*. In: ALVES, F.D.; LEAL, M.C.H.; MEOTTI, F.F. (Org.). *A Jurisdição Constitucional Brasileira. Perspectivas e Desafios*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2015.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. 2008. 219 f. Tese: Doutorado em Ciência Política. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de direito constitucional* (Série EDB). 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MÜLLER, Fredrich. *Quem é o povo?*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos e Justiça Constitucional em estado de Direito Democrático*. Coimbra: Coimbra Editora S.A, 2012.

RIBAS, Giovanna Paola Primor; SILVA, José Robson da; MANDALAZZO, Silvana Souza Netto. *A atuação do poder judiciário frente ao estado constitucional de direito*. Revista Jurídica da Faculdade da União, v. 1, 2010. Disponível em: <http://www.veros.adv.br/publicacoes/A%20ATUACAO%20DO%20PODER%20JUDICIARIO%20NO%20ESTADO%20CONSTITUCIONAL%20DE%20DIREITO.pdf> Acesso em: 09 Out. 2016.

SANTOS, Aline Sueli de Salles. *Que Boca é esta? Limites e possibilidades das novas audiências públicas na legitimação da democracia do STF*. Observatório da Jurisdição Constitucional. ISSN 1982-4564 Ano 3, 2009/2010.

VASCONCELOS, Antônio Gomes. *Audiência Pública no Exercício da jurisdição no estado constitucional democrático*. Revista Direito em Debate. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate> Acesso em: 09 Out. 2016.

VIEIRA, Liszt. *Os argonautas da cidadania: A sociedade civil na globalização*. Rio de Janeiro: Record, 2001.