

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE FILOSOFIA E CIÊNCIAS HUMANAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIA POLÍTICA**

**A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA A PARTIR DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL: Súmula Vinculante nº 13 e Mandado de Injunção**

Lucas Zandona Guimarães

Belo Horizonte

2011

Lucas Zandona Guimarães

**A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA A PARTIR DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL: Súmula Vinculante nº 13 e Mandado de Injunção**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Ciência Política.

Orientador: Dr. Eduardo Meira Zauli

Belo Horizonte

2011

Lucas Zandona Guimarães

**A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA A PARTIR DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL: Súmula Vinculante nº 13 e Mandado de Injunção**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Ciência Política.

Dr. Eduardo Meira Zauli (Orientador) - DCP/UFMG

Dr. Fernando de Barros Filgueiras - DCP/UFMG

Dr. José Ângelo Machado - DCP/UFMG

Belo Horizonte, 26 de agosto de 2011.

A Deus pelo sublime dom da vida.

À minha querida e amada esposa Raquel e ao meu filho, David Lucas, pelo carinho, compreensão e estímulo sempre demonstrados.

Aos meus pais, Marcelo e Rosangela, pela árdua tarefa da educação.

Ao meu saudoso avô Chico Leite por me ensinar a diferença entre sabedoria e conhecimento.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, professor Eduardo Meira Zauli, que tornou possível a realização deste trabalho.

Aos professores e colegas da Pós-Graduação em Ciência Política, pelos inquietantes debates.

Aos meus alunos e colegas de docência no Instituto de Ensino Superior João Alfredo de Andrade, pela rica troca de experiências.

Aos colegas da Associação dos Oficiais da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militar do Estado de Minas Gerais pela confiança em mim depositada.

*De tanto ver triunfar as nulidades, de tanto ver crescer as injustiças,
de tanto ver agigantarem-se os poderes, nas mãos dos maus.
O homem chega a desanimar-se da virtude, a rir-se da honra,
a ter vergonha de ser honesto.*

Rui Barbosa

RESUMO

Esta dissertação busca delimitar os conceitos de judicialização da política, ativismo judicial e politização do Judiciário. A partir da competência do Supremo Tribunal Federal ao longo das Constituições de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1969 e 1988 demonstrou-se o caráter político da Corte, sem que isso acarrete qualquer déficit democrático em seu funcionamento. Tomou-se a Súmula Vinculante nº 13 e o Mandado de Injunção como manifestação de judicialização da política e ativismo judicial a partir do Supremo Tribunal Federal. A análise da referida súmula parte da Emenda Constitucional nº 45/2004, bem como os precedentes que ensejaram sua edição e os princípios explícitos no art. 37, *caput*, da Constituição da República de 1988. A análise do mandado de injunção partiu do pressuposto das diversas interpretações que o Supremo Tribunal Federal conferiu ao referido remédio constitucional, bem como o exercício do direito de greve do servidor público a partir dos Mandados de Injunção nº 670, 708 e 712.

PALAVRAS-CHAVE: Ciência Política. Direito. Judicialização da política. Ativismo judicial. Politização do Judiciário. Jurisdição constitucional. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 13. Mandado de Injunção.

ABSTRACT

This dissertation seeks to define the concept of judicialization of politics, judicial activism and politicization of the judiciary. From the jurisdiction of the Brazilian Supreme Court over the Constitutions of 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1969 and 1988 proved to be the political character of the Court, without incurring any democratic deficit in its operation. It follows the Binding Decision No. 13 and Injunctive Writ as a manifestation of the judicialization of politics and judicial activism from the Supreme Court. The summary of that analysis was based on the Constitutional Emendation No. 45/2004, as well as its precedents of the Binding Decision No. 13 and the explicit principles of art. 37, *caput*, of the Constitution of 1988. The analysis of the Injunctive Writ was based on the assumption that the various interpretations of the Supreme Court gave to this constitutional remedy when judging the right to strike of civil servants from the Injunctive Writ No. 670, 708 and 712.

KEY-WORDS: Political Science. Law. Judicialization of politics. Judicial activism. Politicization of the Judiciary. Constitutional Jurisdiction. Brazilian Supreme Court. Binding Precedent No. 13. Writ of Injunction.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 DELIMITAÇÃO TEMÁTICA E CONCEITUAL	12
2.1 Judicialização da Política	12
2.1.1 Sistema político democrático	17
2.1.2 Existência de um ordenamento institucional baseado na separação de Poderes	17
2.1.3 Existência de uma Carta de direitos	18
2.1.4 Recurso ao Judiciário por grupos de interesse	20
2.1.5 Recurso ao Judiciário pela oposição	21
2.1.6 Inefetividade das instituições majoritárias em impedir o envolvimento de instituições judiciais em certas disputas políticas	22
2.1.7 Percepções negativas acerca das instituições majoritárias e legitimação de instituições judiciais	22
2.1.8 Algum grau de delegação de poderes de decisão das instituições majoritárias em favor de instituições judiciais	23
2.2 Ativismo Judicial	26
2.3 Politização do Judiciário	35
3 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	39
3.1 História	39
3.2 Emenda Constitucional nº 45/2004 e a (re)valorização do Supremo Tribunal Federal	58
3.2.1 Direitos e garantias fundamentais	60
3.2.2 Organização do Poder Judiciário/Ministério Público/Defensoria Pública	61
3.2.3 Alterações processuais	67
3.3 Existe “déficit democrático” no âmbito do Poder Judiciário?	70
4 SÚMULA VINCULANTE	76
4.1 Parâmetros estabelecidos pelo art. 37, caput, da Constituição da República de 1988	83
4.1.1 Princípio da Legalidade	84
4.1.2 Princípio da Impessoalidade	85
4.1.3 Princípio da Moralidade	87
4.1.4 Princípio da Publicidade	89
4.1.5 Princípio da Eficiência	91
4.2 Precedentes da Súmula Vinculante nº13	94
5 MANDADO DE INJUNÇÃO: UMA CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL	105
6 CONCLUSÃO	120
REFERÊNCIAS	124

1 INTRODUÇÃO

Inicialmente devo confessar que este tema é muito instigante, pois em doze anos de advocacia com vasta atuação¹ tornei-me testemunha do crescente fortalecimento do Supremo Tribunal Federal. Atualmente é impossível elaborar qualquer petição inicial, contestação ou recurso sem se reportar a algum paradigma estabelecido pela referida Corte. Entretanto, apenas a partir de meu ingresso no curso de graduação em Ciências Sociais, na Universidade Federal de Minas Gerais em 2006, pude perceber que o crescente protagonismo do Supremo Tribunal Federal não era apenas um fato jurídico com repercussão processual, mas um fenômeno sócio-político de grande amplitude. Ainda na graduação, no segundo semestre de 2008, tive a grata satisfação de cursar a disciplina optativa “Democracia e Judicialização da Política” ministrada pelo professor Dr. Eduardo Meira Zauli. Os inquietantes debates proporcionados nesta disciplina e o constante apoio (e incentivo) do professor levaram-me ao mestrado em Ciência Política com o escopo de fomentar o debate da judicialização da política. Nesse sentido, não posso negar que esta dissertação tenta estabelecer diálogo entre a Ciência Política e o Direito.

A partir da profícua (e compreensiva) orientação do professor Dr. Eduardo Meira Zauli procuramos centralizar este estudo em dois institutos à cargo do Supremo Tribunal Federal, que no nosso entender são as manifestações mais evidentes da judicialização da política: Súmula Vinculante nº 13 (proibição ao nepotismo) e Mandado de Injunção. Delimitados nossos objetivos, elencamos as seguintes questões que nortearam nosso trabalho de pesquisa: a) Judicialização da Política, Ativismo Judicial e Politização do Judiciário são sinônimos? Caso negativo, é possível conceituá-los academicamente? b) O Supremo Tribunal Federal é uma corte política? Caso afirmativo, haveria déficit democrático em sua atuação? c) A Súmula Vinculante nº 13 pode ser considerada Judicialização da Política e/ou Ativismo Judicial? d) O Mandado de Injunção pode ser considerado Judicialização da Política e/ou Ativismo Judicial?

Para cada uma daquelas questões de pesquisa desenvolvemos um capítulo. No primeiro capítulo apresentamos delimitação temática e conceitual, com subdivisão em três seções. Na primeira delas abordamos a Judicialização da Política; na segunda, o Ativismo Judicial e na terceira, a Politização do Judiciário. Procuramos dialogar com autores que

¹ Superior a duas mil ações em todas as instâncias; aproximadamente seiscentas audiências. Autor o Incidente de Inconstitucionalidade 01, que ensejou a edição das primeiras três súmulas do Tribunal de Justiça Militar do Estado de Minas Gerais.

julgamos mais relevantes, apresentando conceituação, críticas e sugestões aos aludidos termos. Temos por escopo extrair um substrato mínimo do conceito que nos permita defini-lo e diferenciá-lo dos demais.

No segundo capítulo apresentamos panorama histórico das competências do Supremo Tribunal Federal a fim de demonstrar que a referida corte nunca esteve dissociada da política. A subdivisão do segundo capítulo foi feita em duas seções. A primeira delas destinada ao esboço das atribuições do órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro ao longo das oito constituições (conforme será aduzido, consideramos a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, como nova constituição). Na seção seguinte esboçamos a Emenda Constitucional nº 45/2004 a partir de três parâmetros: direitos e garantias fundamentais, organização do Poder Judiciário/Ministério Público/Defensoria Pública e alterações processuais. Pretendemos demonstrar que o advento desta emenda proporcionou revalorização do Supremo Tribunal Federal. Na última seção procuramos refutar a idéia de que existiria déficit democrático no âmbito do Poder Judiciário, haja vista que os magistrados não são eleitos.

No terceiro capítulo reside o núcleo deste trabalho, com a apresentação da súmula vinculante. A subdivisão deste capítulo foi feita em duas seções. A primeira delas apresentamos o arcabouço principiológico que norteou a aprovação da súmula vinculante nº 13, estabelecido no art. 37, *caput*, da Constituição da República de 1988. Na seção seguinte apresentamos os precedentes apontados pelo Supremo Tribunal Federal que ensejaram a edição da referida súmula.

No último capítulo apresentamos a síntese do mandado de injunção a partir das diversas interpretações que o Supremo Tribunal Federal conferiu ao referido remédio constitucional. Tomamos por norte o exercício do direito de greve do servidor público a partir dos Mandados de Injunção nº 670, 708 e 712.

Em virtude da grande quantidade de remissão às leis e acórdãos do Supremo Tribunal Federal, optamos por referenciá-los nas respectivas folhas, como notas.

A metodologia empregada nesta dissertação vincula-se ao modelo dogmático de investigação comportando, fundamentalmente, o raciocínio dedutivo, não obstante certa utilização de raciocínio indutivo. Avaliaremos a jurisprudência mais recente do Supremo Tribunal Federal à luz dos conceitos de judicialização da política e ativismo judicial delineados no capítulo primeiro. Alertamos que não se trata de um simples exercício de subsunção, objetivando a mera constatação da aplicabilidade ou não da conceituação

previamente desenvolvida no prelúdio deste trabalho. Mais do que isso, o que se almeja é contribuir para delimitação conceitual que permita ao estudioso, identificá-los (ou, ao menos, seus elementos característicos) na recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. A utilização de método (parcialmente) indutivo visa a propiciar a confrontação entre a conceituação abstrata e o conteúdo dos julgados.

Temos por pressuposto a lição de Jürgen Habermas (1997, p. 48) que denomina juridificação da política ou posituação do direito natural espécie de adensamento do direito nas esferas da vida social (fato típico do Estado de Bem-Estar Social). Assim, a judicialização da política deriva da atividade interpretativa das cortes judiciais sobre as políticas legislativas ou executivas do Estado, interpretações essas que só têm lugar porque o sistema democrático (consagrado constitucionalmente) permite tais provocações interpretativas sobre as leis erigidas (ou a falta delas, como no caso do mandado de injunção).

Outro pressuposto fundamental é apresentado por Mauro Cappelletti (1999, p. 77) e Chester Neal Tate (1995, p. 27) e consiste na constatação de que o crescente protagonismo do Poder Judiciário está disseminado (em diferentes graus) por vários países do ocidente e do oriente.

Importante ressaltar que não temos a pretensão de exaurir árduo tema, tão somente sintetizar os aspectos elementares e conceituais da judicialização da política e ativismo judicial a partir da súmula vinculante nº 13, bem como do mandado de injunção.

2 DELIMITAÇÃO TEMÁTICA E CONCEITUAL

Antoine Garapon, renomado jurista francês e importante pesquisador do Institut des Hautes Études sur la Justice, constata o aumento da importância do Poder Judiciário na sociedade hodierna. Para ele, o referido poder teria assumido o “centro de gravidade da democracia” (GARAPON, 1999, p. 45). Dentre outras causas para o surgimento da judicialização da política, o citado autor aponta a apatia popular e a inércia ou incapacidade do poder político frente às demandas sociais. O Poder Judiciário tornou-se, assim, na crise das democracias atuais, uma salvaguarda para as frustrações dos jurisdicionados:

O sucesso da justiça é inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas, causado pela crise de desinteresse e pela perda do espírito público. A posição de um terceiro imparcial compensa o “déficit democrático” de uma decisão política agora voltada para a gestão e fornece à sociedade a referência simbólica que a representação nacional lhe oferece cada vez menos. (GARAPON, 1999, p. 48).

A partir desse novo papel do Judiciário foram cunhados alguns termos para designá-lo: “judicialização da política”, “ativismo judicial” e “politização do judiciário”. Neste capítulo pretende-se diferenciar cada termo. Antes de prosseguir nessa empreitada deve-se, pelo menos, delinear o principal vocábulo desta dissertação, judicialização²: apreciação judicial de determinado tema (ainda que este tema não seja tradicionalmente afeto ao Poder Judiciário).

2.1 Judicialização da Política

O professor da Universidade Federal de Minas Gerais e orientador desta dissertação, Eduardo Meira Zauli, constatou a relevância do fenômeno judicialização da política nos seguintes termos:

Nos últimos anos, diante da constatação da expansão dos poderes judiciais nas democracias contemporâneas, tornou-se corrente entre os cientistas políticos o uso da expressão “judicialização da política” para referir-se à interferência de decisões

² Em importante artigo intitulado “Sentidos da judicialização da política: duas análises”, Débora Alves Maciel e Andrei Koerner, apontam sete diferentes sentidos para o vocábulo judicialização (MACIEL; KOERNER, 2002, p. 115/116).

judiciais e à introdução de procedimentos de natureza judicial em diversas arenas políticas. (ZAULI, 2010, p. 08).

Em 1995, o professor de Ciência Política da Universidade de Lund (Suécia), Torbjörn Vallinder, afirmou que a noção de judicialização da política envolve:

(1) a expansão do campo dos tribunais ou dos juízes em detrimento dos políticos e/ou dos administradores, isto é, a transferência de poder de decisão do legislador, do governo, ou da administração civil para os tribunais ou, pelo menos, (2) a propagação dos métodos da tomada de decisão judicial para fora do campo judicial propriamente dito. Em resumo, podemos dizer que a judicialização envolve essencialmente uma transformação na direção do processo judicial.³ (VALLINDER, 1995, p. 13, tradução nossa).

Na mesma obra, professor catedrático de Ciência Política e Direito da Universidade Vanderbilt (Estados Unidos da América), Chester Neal Tate, define a judicialização da política como:

1. o processo pelo qual os tribunais e juízes tendem a dominar cada vez mais a criação de políticas públicas já criadas (ou, acredita-se amplamente, que pelo menos deveriam ser criadas) por outras agências governamentais, especialmente legislativos e executivos, e 2. o processo pelo qual os fóruns de negociação e de tomada de decisão não-judiciais tornam-se dominados por normas e procedimentos quase-judiciais (legalistas).⁴ (TATE, 1995, p. 28, tradução nossa).

Tate e Vallinder, além de proporem os aludidos conceitos, procuraram apontar algumas condições que facilitavam a expansão do poder judicial em vários países, a saber:

1. Sistema político democrático;
2. Existência de um ordenamento institucional baseado na separação de Poderes;
3. Existência de uma Carta de direitos;
4. Recurso ao Judiciário por grupos de interesse;
5. Recurso ao Judiciário pela oposição;
6. Inefetividade das instituições majoritárias em impedir o envolvimento de instituições judiciais em certas disputas políticas;
7. Percepções negativas acerca das instituições majoritárias e legitimação de instituições judiciais;
8. Algum grau de delegação de poderes de decisão das instituições majoritárias em favor de instituições judiciais. (TATE, 1995, p. 28-33, tradução nossa).

³(1) the expansion of the province of the courts or the judges at the expense of the politicians and/or the administrators, that is, the transfer of decision-making rights from legislature, the cabinet, or the civil service to the courts or, at least, (2) the spread of judicial decision-making methods outside the judicial province proper. In summing up we might say that judicialization essentially involves turning into a form of judicial process.

⁴ 1. the process by which courts and judges come to make or increasingly to dominate the making of public policies that had previously been made (or, it is widely believed, ought to be made) by other governmental agencies, especially legislatures and executives, and 2. the process by which nonjudicial negotiating and decision-making forums come to be dominated by quasi-judicial (legalistic) rules and procedures.

Referindo-se à realidade brasileira, Eduardo Meira Zauli acrescenta outros fatores que também contribuíram para a ocorrência de uma maior ascendência do Poder Judiciário sobre o sistema político:

1. Em primeiro lugar a promulgação de uma Constituição cujo caráter principiológico e programático, acompanhado de uma nova hermenêutica que confere normatividade aos valores e princípios constitucionais, permitiu um processo de constitucionalização do direito, no sentido da irradiação dos princípios e valores constitucionais por todo o sistema jurídico; abrindo espaço para uma releitura do direito infraconstitucional e das decisões dos Poderes Legislativo e Executivo à luz da Constituição (BARROSO, 2009), interpretada “(...) em torno de enunciados abertos, indeterminados e plurissignificativos – as fórmulas lapidares que integram a parte dogmática das constituições” (MENDES, COELHO e BRANCO, 2008, p.58).
2. A ampliação do elenco de intérpretes da Constituição por meio da abertura do sistema de controle de constitucionalidade a um leque mais amplo de atores legitimados para propor ações de constitucionalidade;
3. As novas garantias de independência do Poder Judiciário e do Ministério Público;
4. Os novos mecanismos de acesso ao Poder Judiciário.

Para além das condições mencionadas observa-se no Brasil também certo descompasso entre os valores e orientações predominantes no âmbito das instituições majoritárias, por um lado, e os valores e orientações predominantes no âmbito das instituições judiciais, por outro lado. Assim, de uma combinação de ativismo judicial e choque de valores entre aqueles dois tipos de instituição a resultante tem sido o fenômeno da judicialização da política. (ZAULI, 2010, p. 3-4).

O professor da Universidade Federal de Pernambuco, Ernani Rodrigues de Carvalho, em criterioso estudo acerca da judicialização da política, a partir das condições elencadas por Tate e Vallinder, fez a aplicação desse quadro condicional ao caso brasileiro:

O mapeamento das condições políticas em torno do fenômeno da expansão do poder judicial permite dizer que quase todas as condições estão presentes no caso brasileiro, embora, algumas condições, apesar de formalmente estabelecidas, não se tenham mostrado realidades factíveis. (CARVALHO, 2004, p. 120-121).

Importante destacar que o fenômeno da judicialização não é restrito ao ocidente; pelo contrário, Tate e Vallinder demonstraram que a judicialização está disseminada (em diferentes graus) por vários países (Tate, 1995, p. 27), pois: “Para o bem ou para o mal, a judicialização da política deve ser ou será uma das mais significativas tendências governamentais do final do século vinte e início do século vinte e um”⁵ (TATE; VALLINDER, 1995, p. 5, tradução nossa).

Quais seriam as origens da judicialização da política? Mauro Cappelletti (1992, p. 47) remonta o fenômeno da judicialização da política a partir do *leading case*, *Marbury versus*

⁵ Again for better or worse, the judicialization of politics may be or may become one of the most significant trends in late-twentieth and early-twenty-first-century government.

Madison de 1803, no qual a atuação do magistrado da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, John Marshall, reconheceu o poder/dever dos juízes de negar aplicação às leis contrárias à Constituição (*judicial review*/controle de constitucionalidade) naquele sistema de *common law*⁶. A partir deste referencial, Cappelletti acentua que a atuação dos tribunais constitucionais é dotada de uma “coloração política” a comportar uma ativa e criativa intervenção das cortes na “dialética das forças políticas do Estado”. Para ele, a judicialização da política pode ser considerada saudável à consolidação do Estado Democrático de Direito.

Referindo-se à inovação introduzida pelo *judicial review* norte-americano, os professores, Luiz Werneck Vianna e Marcelo Burgos, destacam:

[...] ao combinar a institucionalização do Judiciário como um poder independente a exercer funções de *checks and balances* com o princípio do *stare decisis*, próprio à *common law* da tradição inglesa, veio a permitir a sedimentação da produção jurisprudencial sobre a limitação dos poderes e da ação governamental. (WERNECK VIANNA; BURGOS, 2002, p. 365).

Para o sociólogo português, Boaventura de Sousa Santos, o Poder Judiciário só se assume publicamente como poder político na medida em que interfere em outros poderes políticos, razão pela qual a judicialização seria impulsionada no período do Estado Providência (*welfare state*), quando:

[...] a teoria da separação dos poderes colapsa, sobretudo em vista da predominância assumida pelo Poder Executivo [...] o desempenho judicial passou a ter uma relevância social e um impacto mediático que naturalmente o tornou num objeto de controvérsia pública e jurídica. (SANTOS, 1993, p. 4-5).

Para Tate e Vallinder (1995, p. 19), a judicialização teria se originado no século XX como reação democrática em favor da proteção de direitos e contra as práticas populistas e totalitárias que culminaram na II Guerra Mundial. Na Europa, os citados autores destacam que a judicialização foi influenciada pelo modelo austríaco de controle concentrado de constitucionalidade, à cargo de uma corte constitucional, tal como proposto por Hans Kelsen, na década de 1920 (síntese do controle concentrado de constitucionalidade será apresentado adiante). Outro fator relevante seria o advento da Convenção Européia de Direitos Humanos (firmada em Roma, 04 de novembro de 1950), cujos preceitos se tornaram obrigatórios para

⁶ A *common law* caracteriza-se por ser um direito cuja matriz (anglo-saxã) é eminentemente consuetudinária e jurisprudencial, que tem por base o *stare decisis*, ou seja, o precedente judicial. Contrapõem-se ao *civil law*, cuja matriz é romano-germânica, fundamentada na norma escrita emanada do legislativo (*the written or statute law*). (DINIZ, 1998, vol. I, p. 685).

os países signatários a partir de 09 de setembro de 1953 (e os tribunais atuaram na implementação de vários direitos).

Antoine Garapon apresenta como termo inicial da judicialização/ativismo o fim da guerra fria e a internacionalização das trocas comerciais. Além disso, o referido autor faz questão de associar tal fenômeno à democracia:

A irrupção do ativismo só poderá ser compreendida se relacionada a um movimento profundo, do qual ele é apenas uma das manifestações. Não se trata de uma transferência de soberania para o juiz, mas sobretudo de uma transformação da democracia. (GARAPON, 1999, p. 39).

Tentando aclarar o sentido da expansão dos poderes dos juízes, Vallinder, como assevera Ernani Rodrigues de Carvalho, considera que existem dois tipos ou formas de judicialização:

1) *“from without”*, que é a reação do Judiciário à provocação de terceiro e que tem por finalidade revisar a decisão de um poder político tomando como base a Constituição. Ao fazer a revisão, o Judiciário ampliaria seu poder frente aos demais poderes; 2) *“from within”*: é a utilização do aparato judicial na administração pública; portanto, juntamente com os juízes vão os métodos e procedimentos judiciais que são incorporados pelas instituições administrativas que eles ocupam. A forma mais difundida de judicialização da política, que pode ser generalizada a todos os casos, é a *from without*, ou seja, o controle jurisdicional de constitucionalidade. (CARVALHO, 2004, p. 121).

Percebe-se que embora não haja consenso acerca do surgimento do fenômeno da judicialização da política, é notória sua existência entre os autores analisados nesta dissertação. Mais relevante que seu surgimento são as condições que favorecem a judicialização, razão pela qual passamos a abordá-las.

Tate (1995) elencou as condições (citadas alhures) que, segundo sua percepção, favoreceriam a judicialização da política. Importante ressaltar que tais condições não podem ser dissociadas da realidade (e interesses) política e social dos países e apresentam-se cumulativamente, isto é, nenhuma condição isolada seria suficiente para propiciar tal fenômeno. A seguir apresentamos as condições que facilitariam a expansão do poder judicial, tal como preconizado por Tate e procuramos estabelecer diálogo com outros autores igualmente relevantes para este trabalho.

2.1.1 Sistema político democrático

Não se tem notícia de judicialização da política em nações não democráticas. As razões são óbvias: a inexistência de garantias à magistratura, notadamente inamovibilidade, vitaliciedade e irredutibilidade de vencimentos, acrescida ao risco de perseguição pelo ditador impedem qualquer julgado desfavorável aos detentores do poder. Entretanto, a simples existência de democracia não seria suficiente à ocorrência de judicialização.

Algumas vantagens da democracia foram magistralmente expostas pelo professor emérito de ciência política da Universidade Yale, Robert Alan Dahl, cabendo apenas enumerá-las: a) ajuda a impedir o governo de autocratas cruéis e perversos; b) garante aos cidadãos uma série de direitos fundamentais que outros sistemas não-democráticos não proporcionam; c) assegura aos cidadãos uma liberdade individual mais ampla que qualquer alternativa viável; d) ajuda a proteger os interesses fundamentais das pessoas; e) promove o desenvolvimento humano mais plenamente que qualquer alternativa viável; f) promove um grau relativamente alto de igualdade política; g) apenas um governo democrático pode proporcionar uma oportunidade máxima para os indivíduos exercerem a liberdade de autodeterminação; h) somente um governo democrático pode proporcionar uma oportunidade máxima do exercício da responsabilidade moral; i) os países com governos democráticos tendem a ser mais prósperos que os países com governos não-democráticos; j) as modernas democracias não lutam umas contra as outras (DAHL, 2001, p. 73-74). Nesse sentido, o Poder Judiciário assume papel de destaque, pois lhe cabe zelar pelos direitos fundamentais e fiscalizar a atuação dos demais poderes a partir do exercício da jurisdição constitucional.

Mauro Cappelletti, atesta a expansão do Poder Judiciário nos seguintes termos:

Na verdade, a expansão do papel do judiciário representa o necessário contrapeso, segundo entendo, num sistema democrático de “*cheks and balances*”, à paralela expansão dos “ramos políticos” do estado moderno. (CAPPELLETTI, 1999, p. 19).

2.1.2 Existência de um ordenamento institucional baseado na separação de Poderes

O arranjo de três poderes formando a unidade nacional fora preconizado por Charles-Louis de Sécondat (1689-1755), o Barão de Montesquieu, no qual se conjugavam um

Legislativo, um Executivo e um Judiciário, harmônicos e independentes entre si, tomando, praticamente, a configuração que iria aparecer na maioria das constituições modernas⁷.

Entretanto, a separação de poderes não se limita ao proposto por Montesquieu; abrange também o sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*) preconizado por Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, no livro “O Federalista”, que reservava ao Judiciário um lugar de destaque. Se o Parlamento aprovasse uma lei contrária à Constituição, essa lei não seria válida e, portanto, deveria ser anulada. E o Judiciário seria o órgão apto a exercer esse controle de constitucionalidade.

Cumprе asseverar que a simples existência dos três poderes, por si só, não favorece a judicialização. Para Tate (1995, p. 29) a separação dos poderes pode facilitar a judicialização da política que ocorra por outras razões, mas não parece ser condição necessária, muito menos suficiente, para a judicialização.

2.1.3 Existência de uma Carta de direitos

A existência de uma Carta de direitos (constituição) que confere direitos e garantias fundamentais resguarda o direito das minorias contra a maioria constituída e favorece o acesso daquelas ao Poder Judiciário. Como aduzido nos dois itens anteriores, esta condição isoladamente também não propicia a judicialização da política, razão pela qual Tate (1995, p. 29), referindo-se à experiência do Estado de Israel (cuja matriz é *common law*), acentua que a existência de uma constituição formal é apenas facultativa para a configuração do fenômeno da judicialização.

A busca pela implementação dos direitos previstos no ordenamento jurídico tornou a magistratura essencial: a “inflação de textos mal redigidos com conteúdo fraco” reconhecida por Garapon (1999, p. 40) e busca por princípios reconhecidos pela Constituição mitigou a atividade clássica de subsunção em favor de uma postura mais veemente, concreta e operacional.

⁷ É necessário registrar que, apesar de Montesquieu ter conferido ao poder de julgar o *status* de um dos poderes do Estado, inaugurando a tripartição dos poderes nos moldes mais conhecidos atualmente, é nítido o caráter secundário atribuído por ele a esse poder: “Dos três poderes de que falamos, é o Poder de Julgar, de certo modo, nulo. Sobram dois. E, como estes têm necessidade de um poder regulador para temperá-los, a parte do corpo legislativo composta por nobres é muito apropriada para produzir esse efeito”. (MONTESQUIEU, 2000, p. 173).

A existência de uma carta de direitos como fator de judicialização da política deve ser compreendida também em virtude da presença ou não e do tipo de controle de constitucionalidade adotado, afinal não basta apenas garantir certos direitos, é preciso analisar se os demais textos normativos estão em consonância com a constituição. Pode-se considerar o reconhecimento de inconstitucionalidade de determinado ato normativo uma das manifestações da judicialização da política, pois o Poder que editou o ato impugnado ficará privado de utilizá-lo.

Em relação ao controle de constitucionalidade subsistem, basicamente, dois sistemas distintos: o americano (também denominado difuso, no qual o controle de constitucionalidade é disperso, cabendo a qualquer magistrado ao julgar determinado caso) e o austríaco (também denominado concentrado, no qual o controle de constitucionalidade é centralizado em um único órgão). A confrontação dos referidos sistemas foi esquematizada pelo professor de Direito Constitucional, Pedro Lenza, nos seguintes termos:

SISTEMA AUSTRÍACO (KELSEN)	SISTEMA NORTE-AMERICANO (MARSHALL)
<ul style="list-style-type: none"> - decisão tem eficácia constitutiva (caráter constitutivo-negativo) - por regra, o vício de inconstitucionalidade é aferido no plano da existência - por regra, a decisão que reconhece a inconstitucionalidade produz efeitos ex nunc (prospectivos) - a lei inconstitucional é ato anulável (anulabilidade pode aparecer em vários graus) - lei provisoriamente válida, produzindo efeitos até a sua anulação - o reconhecimento da ineficácia da lei produz efeitos a partir da decisão ou para o futuro (<i>ex nunc</i> ou pro futuro), sendo <i>erga omnes</i>⁸, preservando-se, assim, os efeitos produzidos pela lei, podendo, contudo, ter efeitos retroativos 	<ul style="list-style-type: none"> - decisão tem eficácia declaratória de situação pre-existente - por regra, o vício de inconstitucionalidade é aferido no plano da validade - por regra, a decisão que declara a inconstitucionalidade produz efeitos ex tunc (retroativos) - a lei inconstitucional é ato nulo (<i>null and void</i>), ineficaz (nulidade <i>ab origine</i>), írrito e, portanto, desprovido de força vinculativa - invalidação ab initio dos atos praticados com base na lei inconstitucional, atingindo-a no berço - a lei, por ter nascido morta (<i>natimorta</i>), nunca chegou a produzir efeitos (não chegou a viver), ou seja, apesar de existir, não entrou no plano da eficácia

Quadro 1: Sistemas de controle de constitucionalidade

Fonte: LENZA, 2011, p. 221

O Brasil, assim como México e Irlanda, dentre outros, adotou sistema misto no qual coexistem os sistemas americano e austríaco, conforme será explicado no capítulo seguinte.

⁸ Contra todos, oponível a todos, ou seja, não será restrito às partes no processo, mas todos que estejam em situação idêntica, independentemente da propositura de ação.

2.1.4 Recurso ao Judiciário por grupos de interesse

O Judiciário é utilizado pelos grupos de interesses⁹ como uma nova arena, notadamente quando sucumbentes nas arenas legislativa e executiva. Muitos objetivos que, dificilmente, seriam alcançados através do processo de decisão majoritário passaram a ser pleiteados/implementados judicialmente. Tal circunstância favorece interpretação extensiva da norma jurídica em verdadeiro “alargamento de direitos” que apenas de forma principiológica se conectam ao texto constitucional.

No Brasil, os grupos de interesses podem propor suas pretensões em juízo, bem como habilitarem-se para atuar em determinados processos em curso nos tribunais na condição de *amicus curiae* (lê-se *amicus curi*), termo latino que significa "amigo da corte". Pode ser uma pessoa, entidade ou órgão, com profundo interesse em uma questão jurídica, na qual se envolve como terceiro¹⁰ (não litigante), movido por interesse maior que o das partes envolvidas no processo. Originado de leis romanas, foi plenamente desenvolvido na *common law*, notadamente nos Estados Unidos. A função primordial do *amicus curiae*¹¹ é juntar aos autos parecer ou informações no intuito de tecer considerações importantes sobre a matéria de direito submetida ao Tribunal, bem como acerca dos reflexos de eventual decisão sobre a constitucionalidade (e inconstitucionalidade) da espécie normativa impugnada.

Além da atuação direta dos grupos de interesses, bem como participação na condição de *amicus curiae*, o direito pátrio (Lei nº 9.868/99, art. 9º e 20) admite a realização de audiências públicas a fim de colher manifestações de outros grupos de interesses. Cite-se, por exemplo, a ocorrência de quatro audiências públicas que antecederam ao julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 (interrupção da gestação no caso de anencefalia). Foram ouvidas¹² entidades religiosas,

⁹ O art. 103, da Constituição da República de 1988, apresenta nove categorias de legitimados aptos a propor ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a saber, o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou do Distrito Federal; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (exigindo-se deste último a pertinência temática).

¹⁰ O Ministro Celso de Melo, do Supremo Tribunal Federal, na ADI 748 AgR/RS, do dia 18 de novembro de 1994, decidiu que o *amicus curiae* não se enquadra (processualmente) na classe de intervenção de terceiros (arts. 56 a 80, do Código de Processo Civil), mas colaborador informal da Corte.

¹¹ A figura do *amicus curiae* está prevista na Lei nº 9.868/99: Art. 7º *Omissis* §2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

¹² Apesar do antagonismo das posições, o debate foi rico e cordial. A maioria das entidades religiosas que participou das audiências se manifestaram contrariamente à possibilidade de interrupção da gestação no caso de

médicas, científicas, professores, parlamentares e ministros de Estado. Também participaram mulheres que tiveram uma gestação nessas condições.

2.1.5 Recurso ao Judiciário pela oposição

Políticos de oposição frequentemente judicializam disputas políticas como forma de fazer valer seus interesses ou simplesmente obstruir a implementação de determinada política aprovada pela maioria.

Luiz Werneck Vianna e Marcelo Burgos asseveram:

[...] a tendência contemporânea de buscar aquisição de direitos no Judiciário, contornando instituições da democracia representativa, tem sido entendida como uma patologia característica das sociedades democráticas. (WERNECK VIANNA; BURGOS, 2002, p. 368).

Os citados autores, mediante pesquisa empírica no Foro Central do Rio de Janeiro, comprovaram que um terço das ações populares consultadas foi de iniciativa direta de parlamentares (WERNECK VIANNA; BURGOS, 2002, p. 415). Importante destacar que esta atuação judicial da oposição não é ilegal, mas demonstra a tentativa de enfraquecer seus adversários, bem como revela uso estratégico da justiça para fins de curto prazo (GARAPON, 1999, p. 36).

anencefalia, inclusive a Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), a Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família e a Associação Médico-Espírita do Brasil. A totalidade das entidades científicas, acadêmicas e de classe defenderam o direito de a mulher interromper a gestação, se assim desejar, aí incluídos o Conselho Federal de Medicina, a Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência, o Conselho Federal dos Direitos da Mulher, a Escola de Gente e o Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (Anis). No mesmo sentido se pronunciaram o Ministro da Saúde, José Gomes Temporão, bem como a Ministra-Chefe da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres e presidente do Conselho Nacional de Direitos da Mulher, Nilcéa Freire. O julgamento ocorreu 2009 favorável à interrupção da gravidez, mas ainda existem recursos pendentes de julgamento.

2.1.6 Inefetividade das instituições majoritárias em impedir o envolvimento de instituições judiciais em certas disputas políticas

Este tema é conexo ao anterior, pois se a oposição conseguir redefinir uma disputa legislativa como disputa de direitos poderá deslocar este conflito para arena na qual o direito das minorias é reconhecido (e muitas vezes, acolhido): o Poder Judiciário. Outro fator importante é a inoperância/fraqueza dos partidos políticos, bem como a ausência de coalizões de governo estáveis e efetivas.

Referindo-se à presença significativa de parlamentares como demandantes, Luiz Werneck Vianna e Marcelo Burgos justificam:

Sua presença nessa esfera não deixa de sugerir alguma descrença na capacidade de exercerem ação fiscalizadora sobre a administração pública com base nos mecanismos disponíveis ao Poder a que pertencem, ao mesmo tempo que legitima o Poder Judiciário como instância de representação funcional. (WERNECK VIANNA; BURGOS, 2002, p. 421).

2.1.7 Percepções negativas acerca das instituições majoritárias e legitimação de instituições judiciais

A população em geral percebe as instituições majoritárias como inoperantes, cujos mandatos são utilizados apenas em proveito dos próprios mandatários, que também são, frequentemente, associados à corrupção e negócios escusos. Por outro lado, a magistratura goza de melhor reputação, honestidade e expertise, haja vista sua rigorosa seleção por critérios eminentemente técnicos. Igualmente já se tem bastante difundida a noção de que as decisões judiciais devem ser observadas. Assim, tais percepções legitimam a expansão da atuação do Poder Judiciário.

2.1.8 Algum grau de delegação de poderes de decisão das instituições majoritárias em favor de instituições judiciais

Quando o custo político é muito alto, isto é, capaz de comprometer a carreira política, em virtude da complexidade das questões, as instituições políticas preferem delegá-las ao Poder Judiciário. Tate (1995, p. 32) elenca algumas questões que os políticos norte-americanos preferem delegar ao Judiciário: aborto, aumento da carga tributária, realocação de recursos em benefício do sistema prisional.

Além das condições já elencadas neste capítulo pode-se acrescentar o surgimento de uma nova atitude da magistratura. Antoine Garapon ressalta a participação relevante da magistratura no combate à impunidade:

Não é que o juiz tenha se transformado num novo ator político, mas foram os políticos que perderam sua imunidade em relação à justiça. [...] A irrupção do ativismo jurídico só poderá ser compreendida se relacionada a um movimento profundo, do qual ele é apenas uma das manifestações. Não se trata de uma transferência de soberania para o juiz, mas sobretudo de uma transformação da democracia. (GARAPON, 2001, p. 35/39).

As características que favorecem a judicialização da política elencadas por Tate são mais exemplificativas que taxativas, pois se reconhece que uma nova atitude dos julgadores é fundamental:

Mesmo sob uma constelação muito favorável de condições facilitadoras, o desenvolvimento atual da judicialização da política exige que os juízes tenham as atitudes pessoais e as preferências políticas ou valores apropriados, especialmente em relação aos valores de outros tomadores de decisão. De outro modo, em condições favoráveis a judicialização só se desenvolve porque os juízes decidem que devem (1) participar na elaboração de políticas que poderiam ser deixadas ao critério sábio ou tolo de outras instituições, e, pelo menos de vez em quando, (2) substituir as soluções políticas de outras instituições por soluções políticas próprias. [...] De juízes ativistas, por definição, pode-se esperar que aproveitem todas as oportunidades de utilizar suas decisões para disseminar os valores que lhes são caros. Mas quando esses valores são consistentes com os valores dominantes nas instituições majoritárias, haverá muito menos incentivos para que juízes ativistas tentem judicializar um processo político que já esteja produzindo aqueles resultados políticos, mesmo que as condições sejam favoráveis para fazê-lo. (TATE, 1995, p. 33/34, tradução nossa)¹³.

¹³ Even under a very favorable constellation of facilitating conditions, the actual development of the judicialization of politics requires that judges have the appropriate personal attitudes and policy preferences or values, especially relative to the values of other decision makers. Under otherwise favorable conditions, judicialization develops only because judges decide that they should (1) participate in policy-making that could be left to the wise or foolish discretion of other institutions, and, at least on occasion, (2) substitute policy

Segundo aponta Ran Hirschl, professor de Ciência Política na Faculdade de Direito de Toronto (Canadá), atualmente assiste-se a um processo denominado “juristocracia” (*juristocracy*) que consiste na progressiva transferência de poderes decisórios das instituições representativas para o Judiciário. A partir do estudo da consolidação histórica do novo constitucionalismo (também denominado neoconstitucionalismo) em diferentes sociedades contemporâneas ele constata que a judicialização promove o “entrenchamento constitucional de direitos” (*constitutional entrenchment of rights*) (HIRSCHL, 2004, p. 44), pois tanto o Executivo quanto o Legislativo podem, deliberadamente (almejando reduzir os custos eleitorais ou de apoio político), remeter temas controvertidos do debate público ao Judiciário, que deverá julgá-los à luz da constituição¹⁴. Além disso, o referido autor propõe que o fenômeno da judicialização da política seja abordado sob a ótica político-institucional para enquadrá-la na tese da preservação hegemônica segundo a qual:

O poder judicial não cai do céu; ele é politicamente construído. Acredito que a constitucionalização dos direitos e o fortalecimento do controle de constitucionalidade das leis resultam de um pacto estratégico liderado por elites políticas hegemônicas continuamente ameaçadas, que buscam isolar suas preferências políticas contra mudanças em razão da política democrática, em associação com elites econômicas e jurídicas que possuem interesses compatíveis. (HIRSCHL, 2004, p. 49, tradução nossa).¹⁵

Hirschl (2004, p. 38) enumera três postulados que embasam sua abordagem metodológica: o primeiro afirma que a transferência progressiva de poderes do Legislativo para o Judiciário, assim como para outras instâncias administrativas de decisão cujos representantes não são eleitos democraticamente (agências executivas e reguladoras, por exemplo), não pode ser estudada separadamente das lutas políticas, econômicas e sociais que modelam o sistema jurídico-político de uma sociedade. O segundo postulado explica que as instituições políticas e jurídicas, bem como as reformas, promovem efeitos distributivos diferenciados, pois alguns grupos (ou indivíduos) são mais beneficiados que os demais. O

solutions they derive for those derived by other institutions. [...] Activist judges, by definition, may be expected to take every opportunity to use their decisionmaking to expand the policy values they hold dear. But when those values are consistent with the values dominating majoritarian institutions, there will be much less incentive for activist judges to seek to judicialize a political process that is already producing such good policy results, even though the conditions are favorable for doing so.

¹⁴ O julgamento da legalidade da união estável homoafetiva pelo Supremo Tribunal Federal em maio de 2011 (Ação Direta de Inconstitucionalidade, ADI 4277, e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ADPF 132) pode ser considerada manifestação de “entrenchamento constitucional de direitos” no âmbito brasileiro.

¹⁵ Judicial Power does not fall from the sky; it is politically constructed. I believe that the constitutionalization of rights and the fortification of judicial review result from a strategic pact led by hegemonic yet increasingly threatened political elites, Who seek to insulate their policy preferences against the changing fortunes of democratic politics, in association with economic and judicial elites who have compatible interests.

último postulado demonstra que diferentes atores políticos, econômicos e jurídicos tendem a agir estrategicamente no sentido de apoiar a consolidação de estruturas institucionais que beneficiem seus próprios interesses particulares ou corporativos.

Luiz Werneck Vianna e Marcelo Burgos destacam a expansão do poder judicial também decorre da efetivação da cidadania:

Não se trata, pois, de uma “migração” do lugar da democracia para o da Justiça, mas da sua ampliação pela generalização da representação, que pode ser ativada tanto pela cidadania política nas instituições clássicas da soberania quanto pela “cidadania social”. (WERNECK VIANNA; BURGOS, 2002, p. 371).

Importante destacar que Luiz Werneck Vianna, Marcelo Burgos e Paula Martins Salles tratam o fenômeno da judicialização como uma procedimentalização do direito para ampliar os instrumentos judiciais que garantem acesso às instituições públicas:

É da cena contemporânea de cultura democrática a projeção do papel do juiz em quase todos os aspectos da vida social. Mas, essa projeção não tem derivado, como em certas avaliações apressadas, de pretensões de ativismo Judiciário. O fato de que, especialmente a partir dos anos 1970, os juízes - inclusive os do sistema da civil law, contrariando uma pesada tradição - crescentemente ocupem lugares tradicionalmente reservados às instituições especializadas da política e às de auto-regulação societária, longe de significar ambições de poder por parte do Judiciário, apontam para processos mais complexos permanentes. (VIANNA; BURGOS; SALLES, 2007, p. 39).

Diferentemente dos posicionamentos já delineados os professores, Débora Alves Maciel e Andrei Koerner, a partir da análise das obras, “Ministério Público e política no Brasil”, de Rogério Bastos Arantes, e “A democracia e os três poderes no Brasil”, organizado por Luiz Werneck Vianna (citado alhures) consideram o termo judicialização da política pouco preciso, por retratar mais uma idéia de uso corrente do que um conceito acadêmico:

Em especial, é preciso tratar o tema das relações entre judiciário e política na democracia brasileira sem o recurso ao conceito pouco preciso, mas de rápida circulação pública, de judicialização da política. (MACIEL; KOERNER, 2002, p. 130/131).

Ousamos discordar dos citados autores que rejeitam o uso do termo judicialização da política como conceito acadêmico, por considerá-lo definido, cabendo ao estudioso utilizá-lo tecnicamente. Reconhecem-se as diferentes acepções do termo judicialização da política, mas insistimos que o referido termo visa a identificar a dinâmica da expansão das fronteiras do sistema judicial e os seus efeitos institucionais, notadamente na política e/ou na operação dos

sistemas democráticos. Podemos relacionar a judicialização da política como uma das engrenagens do processo de aprimoramento institucional da democracia. A judicialização da política parte da sociedade para o Poder Judiciário, haja vista o princípio dispositivo segundo o qual o processo é instaurado por iniciativa das partes (mas prossegue por impulso oficial). Assim, identificado substrato mínimo do termo, como se pretende delinear neste capítulo, consideramos relevante sua apropriação pela Ciência Política e pelo Direito.

2.2 Ativismo Judicial

O ativismo judicial pode ser considerado como a atitude deliberada dos magistrados, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar as normas jurídicas, expandindo o seu sentido a fim de se alcançar a plenitude de justiça. Diferentemente da judicialização da política (cujo conceito foi cunhado em 1995), o ativismo judicial parte do Poder Judiciário para a sociedade e encontra respaldo nos diplomas processuais pátrios, cabendo apenas ressaltar

Código de Processo Penal:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (BRASIL, 1941).

Código de Processo Civil:

Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias. (BRASIL, 1973).

Ora, qualquer magistrado que atue de ofício (independentemente de requerimento ou pedido do interessado) estará praticando ativismo judicial. Entretanto, sua atuação não será considerada judicialização da política a menos que promova a expansão das fronteiras do sistema judicial e os seus efeitos institucionais, notadamente na política e/ou na democracia. Importante ressaltar que a judicialização da política não está adstrita ao Supremo Tribunal

Federal; pelo contrário, qualquer magistrado (de qualquer entrância ou tribunal) pode proferir decisão que seja classificada como judicialização da política. Logo, a judicialização da política fomenta ativismo judicial.

Ao analisar algumas recentes decisões do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso diferencia judicialização da política de ativismo judicial nos seguintes termos:

Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

A idéia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. (BARROSO, 2009, p. 6).

A origem do termo ativismo judicial remonta aos Estados Unidos da América. Em janeiro de 1947, o jornalista Arthur Schlesinger Jr. (BARRETT, 2007, p. 1), escreveu artigo na revista *Fortune* intitulado “*The Supreme Court: 1947*”, em que distinguia duas categorias antagônicas na referida corte: *judicial activism* (ativismo judicial) e *judicial self-restraint* (auto-contenção judicial). A primeira era integrada pelos magistrados Hugo Black, William Douglas, Wiley Rutledge e Frank Murphy que eram classificados como progressistas por primarem por resultados efetivos de justiça social em favor dos necessitados (substancialistas). A segunda, pelos magistrados, Felix Frankfurter, Robert H. Jackson e Harold Burton que se apegavam a limitações processuais por entenderem que caberia ao Poder Legislativo elaborar políticas voltadas para questões sociais por meio das maiorias (procedimentalistas). Stanley Reed e *Chief Justice* (presidente da Corte), Fred Vison ocupariam posição intermediária: dependendo do caso em julgamento se filiavam aos ativistas ou à auto-contenção.

Percebe-se que no ativismo judicial procura-se extrair o máximo das potencialidades de determinado julgamento; a auto-contenção (*judicial self-restraint*) restringe o espaço de incidência do julgamento em favor das instâncias tipicamente políticas (Executivo e Legislativo). Pode-se considerar a auto-contenção judicial como oposto ao ativismo. Embora em ambas as hipóteses, o Poder Judiciário seja instado a se manifestar, na primeira (auto-contenção) ocorre abstenção ou o reconhecimento de que a pretensão almejada pela parte deve ser alcançada na seara política. Na segunda hipótese, o Poder Judiciário estabelece os limites que os Poder Público deve observar.

Em termos institucionais, na auto-contenção judicial o Poder Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos demais Poderes através de três condutas: 1) evitar aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; 2) utilizar critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos (completamente incompatível com a idéia de sociedade aberta aos interpretes da constituição propugnado por Peter Haberle); 3) abster-se de interferir na definição das políticas públicas.

Já o ativismo judicial abrange a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; a imposição de condutas ou de abstenções ao poder público, notadamente em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2009, p. 6).

Aprouve ao professor de Ciência Política da Universidade do Kentucky, Estados Unidos, Bradley C. Canon, apresentar seis clássicos parâmetros a partir dos quais se extrai conduta ativista do Poder Judiciário norte-americano (LEAL, 2010, p. 34): majoritarismo – as regras adotadas por meio de um processo democrático são negadas (ou, pelo menos, mitigadas) pelo Poder Judiciário; estabilidade interpretativa – recentes decisões judiciais, doutrinas e interpretações são alteradas; fidelidade interpretativa – disposições constitucionais são interpretadas em contrariedade à intenção dos seus autores ou ao sentido da linguagem empregada; distinção do processo democrático substantivo – as decisões judiciais se convertem mais numa regra substantiva do que na mera preservação do processo político democrático; regra específica – a decisão judicial estabelece regras próprias típicas da discricionariedade dos agentes governamentais; disponibilidade de um poder alternativo de criação de políticas públicas – a decisão judicial suplanta considerações sérias voltadas a problemas de competência das outras instâncias de governo.

A professora de Ciência Política da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Thamy Pogrebinschi, aponta que são muitas as definições de ativismo judicial, entretanto há aspectos jurídicos e sociopolíticos que identificam o magistrado ativista, a saber, a utilização de suas decisões para rever (e contestar) posturas dos demais poderes do Estado, bem como promover políticas públicas, além de não considerar os princípios da coerência do direito e da segurança jurídica como limites à sua atividade. Todavia a ilustre professora ressalta:

Não queremos sustentar que os três critérios acima devam ser preenchidos simultaneamente para que se identifique um caso de ativismo. Um juiz pode ser considerado ativista pelo exercício em graus diferenciados de quaisquer das atitudes acima descritas. Porém, a negação de qualquer destas atitudes implica, segundo nossa definição, que ele não seja considerado um ativista. Isto é, um juiz que se recuse a exercer seu poder de pelo menos uma das formas acima, não será considerado, neste artigo, um ativista. [...] o ativismo judicial implica tomada de posição política; o juiz ativista define-se como um agente político. (POGREBINSCHI, 2000, p. 2).

Nesse sentido, a “judicialização da saúde” (concessão de determinação judicial que obriga fornecimento de medicamento ou impõe determinado tratamento a expensas do erário) pode ser considerada manifestação típica do ativismo judicial.

Contra-pondo-se aos posicionamentos apresentados alhures, o professor e jurista Elival da Silva Ramos procura refutar o ativismo judicial definindo-o como:

[...] exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Essa ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional se faz em detrimento, particularmente, da função legislativa, não envolvendo o exercício desabrido da legiferação (ou de outras funções não jurisdicionais) e sim a descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes. (RAMOS, 2010, p. 308).

Em relevante obra intitulada “Ativismo Judicial. Parâmetros dogmáticos”, o professor Elival da Silva Ramos também procura refutar o pós-positivismo¹⁶ e o neoconstitucionalismo (e a postura ativista dele decorrente) a partir da delimitação precisa dos poderes do Estado, notadamente a manutenção dos órgãos do Judiciário nos estritos limites da função jurisdicional:

Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é à 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

¹⁶ Pedro Lenza, a partir dos ensinamentos de Barroso, apresenta a ideia do pós-positivismo como marco filosófico do neoconstitucionalismo: “O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto. Procura empreender uma **leitura moral do Direito**, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de idéias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se **a atribuição de normatividade aos princípios** e a **definição de suas relações com valores e regras**; a reabilitação da **razão prática** e da **argumentação jurídica**; a formação de uma **nova hermenêutica constitucional**; e o desenvolvimento de uma **teoria dos direitos fundamentais** edificada sobre o fundamento da **dignidade humana**. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o **Direito e a filosofia**”. (LENZA, 2011, p. 63).

deferido pela própria constituição aos órgãos superiores 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. [...] Há, como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes. (RAMOS, 2010, p. 116-117, 129).

A partir desta delimitação conceitual que concebe o ativismo como desrespeito aos limites substanciais da função jurisdicional, Elival da Silva Ramos enumera alguns fatores que, no seu entender, impulsionam o ativismo judicial no Brasil, a saber, o modelo de Estado intervencionista, a tendência ao neoconstitucionalismo e a principiologização do direito, além da ineficiência dos Poderes representativos na adoção de providências normativas adequadas à concretização do projeto social-democrático desenhado pela Constituição da República de 1988.

O Brasil adotou modelo de Estado intervencionista patrocinador do *welfare state* (desde a Constituição de 1934), que promoveu considerável acréscimo das funções estatais e o transformou em prestador de serviços, empresário e investidor. Consequentemente, houve fortalecimento do Poder Executivo em detrimento dos demais poderes. Some-se a isso a ampla gama de direitos sociais contemplados no texto constitucional, mas de difícil (e custosa) implementação, razão pela qual o Poder Judiciário é alçado à “efetivador de direitos”:

Não resta dúvida de que o ainda significativo descompasso entre as condições socioeconômicas projetadas pela Constituição a todos os brasileiros e aquelas efetivamente vivenciadas pela maioria da população é um dos combustíveis do voluntarismo judiciário, que pretende fazer valer o dever-ser constitucional, ignorando os limites de seu poder conformador da realidade factual (força normativa) e que se deve ter presente na interpretação-aplicação do Texto Magno, pois, como ensina Konrad Hesse, “a interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação”. Tenho para mim que se trata de arroubos reveladores de imaturidade institucional, próprios de um Estado com escassa experiência democrática e que vive as primeiras décadas de vigência de uma Constituição que sinalizou, efusivamente, para dias melhores, como é próprio das Constituições programáticas de nosso tempo. (RAMOS, 2010, p. 273).

Importante ressaltar que Elival da Silva Ramos não considera o neoconstitucionalismo como um novo movimento ou escola jurídica, mas apenas um “viés teórico no campo do Direito Constitucional” (RAMOS, 2010, p. 279) que pode ser considerada a matriz teórica (também denominado de “modismo intelectual”) do ativismo judicial brasileiro. Coube à Walber de Moura Agra (2006, p. 31), em obra intitulada “Curso de Direito Constitucional” caracterizar o neoconstitucionalismo a partir de cinco premissas: a) positivação e

concretização de um catálogo de direitos fundamentais; b) onipresença dos princípios e das regras¹⁷; c) inovações hermenêuticas; d) densificação da força normativa do Estado; e) desenvolvimento da justiça distributiva. Pedro Lenza (2011, p. 64) acrescenta ainda os seguintes princípios do neoconstitucionalismo por considerá-los adequados à realidade brasileira, a saber, o da supremacia da Constituição, o da presunção de constitucionalidade das normas e dos atos do poder público, o da interpretação conforme a Constituição, o da unidade, o da razoabilidade e o da efetividade.

A principiologização do direito propagada pelo neoconstitucionalismo, despreza regras em favor de princípios a fim de extrair desdobramentos que caberia ao legislador infraconstitucional disciplinar. Nesse sentido, preciosa a advertência formulada por Ronald Dworkin, um dos mais importantes representantes do pensamento moralista/antipositivista:

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado o seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima. Insiste em que os juízes apliquem a Constituição por meio da interpretação, e não por *fiat*, querendo com isso dizer que suas decisões devem ajustar-se à prática constitucional, e não ignorá-la. (DWORKIN, 1999, p. 451).

Evidencia-se a postura ativista, no caso brasileiro, do Supremo Tribunal Federal, a partir da combinação de fatores políticos e sociais. A dinâmica das relações entre os poderes do Estado num sistema presidencialista (e a necessidade de se manter a governabilidade dentro de um pluripartidarismo exacerbado) e o recurso ao Poder Judiciário como a *ultima ratio* do cidadão frente ao Estado visando à concretização plena dos direitos previstos na Constituição da República de 1988, transformou o poder judicante em árbitro do “destino da nação”.

Não estamos afirmando que o governo federal esteja em crise de governabilidade¹⁸, mas o Poder Judiciário (notadamente o Supremo Tribunal Federal), estimulado pelo reforço à tarefa de controle jurídico da função legislativa que lhe compete exercer e premido pelas pressões no sentido de concretizar plenamente o Estado Social preconizado pela Carta de

¹⁷ Regras são normas que proporcionam critérios específicos sobre como devemos ou podemos atuar. Princípios são normas que proporcionam critérios para se tomar uma posição diante de situações concretas, portanto, consagram valores.

¹⁸ O cientista político Fernando Limongi sustenta que o mecanismo de coalizões partidárias tem permitido ao presidencialismo brasileiro operar com altas taxas de êxito, em relação às iniciativas do Poder Executivo, muito próximas às de sistemas parlamentaristas (LIMONGI, 2006, p. 23).

1988, ultrapassa, por vezes, os limites estabelecidos pelo manejo da função jurisdicional, porém o faz, em decorrência da ineficiência dos Poderes representativos na adoção das providências normativas adequadas àquela concretização. Esta ineficiência é facilmente demonstrada pelos estágios das grandes (e necessárias) reformas constitucionais: a reforma da previdência foi apenas parcialmente realizada; a reforma política teve seus debates mais uma vez iniciados muito recentemente e a reforma tributária tornou-se uma “lenda”.

Importante ressaltar que não consideramos ativismo judicial a atividade normativa por parte do Poder Judiciário, nos limites autorizados pela Constituição da República de 1988 ao Supremo Tribunal Federal, aos tribunais superiores e aos tribunais de justiça, em assuntos concernentes à sua própria organização interna ou à dos tribunais e juízos a eles vinculados, além da organização e divisão judiciárias da respectiva ordem jurisdicional:

Art. 96. Compete privativamente:

I - aos tribunais:

a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos;

b) organizar suas secretarias e serviços auxiliares e os dos juízos que lhes forem vinculados, velando pelo exercício da atividade correicional respectiva;

c) prover, na forma prevista nesta Constituição, os cargos de juiz de carreira da respectiva jurisdição;

d) propor a criação de novas varas judiciárias;

e) prover, por concurso público de provas, ou de provas e títulos, obedecido o disposto no art. 169, parágrafo único, os cargos necessários à administração da Justiça, exceto os de confiança assim definidos em lei;

f) conceder licença, férias e outros afastamentos a seus membros e aos juízes e servidores que lhes forem imediatamente vinculados;

II - ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, observado o disposto no art. 169:

a) a alteração do número de membros dos tribunais inferiores;

b) a criação e a extinção de cargos e a remuneração dos seus serviços auxiliares e dos juízos que lhes forem vinculados, bem como a fixação do subsídio de seus membros e dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver;

c) a criação ou extinção dos tribunais inferiores;

d) a alteração da organização e da divisão judiciárias; (BRASIL, 1988).

As atividades normativas transcritas acima integram o elenco de garantias institucionais de independência do Poder Judiciário, já desfrutando de larga tradição, não apenas no Brasil, mas na Europa e América do Norte.

Temos por ativismo judicial a aplicação e interpretação da Constituição, levando-se em conta a supremacia hierárquica das normas constitucionais, a ampla referência a princípios, a imprecisão semântica da linguagem constitucional (frequentemente referida a conceitos indeterminados de cunho valorativo), a fundamentalidade da maior parte das

normas formalmente constitucionais e a posição de supremacia funcional dos órgãos judiciários com atuação mais decisiva no tocante à interpretação/aplicação da Lei Maior.

Ao analisar o ativismo judicial a partir dos Estados Unidos da América, o jurista Saul Tourinho Leal constata:

Há dificuldade em fixar critérios objetivos para uma conceituação sobre o termo ativismo judicial. A expressão está associada à idéia de exorbitância de competências por parte do Poder Judiciário. No Brasil, não é diferente. O tom é sempre pejorativo. Como já referido em linhas anteriores, chamar um tribunal de ativista é uma tentativa de atribuir-lhe algo negativo. O termo se reveste do cunho crítico. (LEAL, 2010, p. 24).

O citado jurista em obra intitulada "Ativismo ou Altiwez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal" procura desenvolver hercúleo trabalho a fim de aproximar a Suprema Corte norte-americana, quando estava sob comando de Earl Warren (1953 a 1969), ao recente Supremo Tribunal Federal (presidido pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes no biênio 2008 a 2010). Ora, a Corte Warren notabilizou-se pela afirmação dos direitos civis (notadamente em favor dos negros), bem como na promoção garantias aos acusados em processos criminais. Após discorrer sobre a recente atuação do Supremo Tribunal Federal ao restringir o uso de algemas (que ensejou a edição da Súmula Vinculante nº 11), bem como a inconstitucionalidade da prisão civil por dívida no caso do depositário infiel, Leal constata:

Por tudo isso podemos afirmar, do ponto de vista dos precedentes da Suprema Corte, que o Brasil vive um momento semelhante ao vivido pelos Estados Unidos da América na década de 60. Não foi fácil à Suprema Corte norte-americana inovar assegurando direitos aos acusados em processos criminais. O *Chief Justice*, Earl Warren, foi intimidado com ameaças de *impeachment*. Contudo, o tempo superou a incompreensão. As críticas do passado deram espaço à reverência do presente e do futuro. [...] Assim, cabia ao Supremo determinar uma pauta específica, e ele o fez, para avançar no exercício da jurisdição constitucional de sorte a implementar aspirações lançadas pela população por meio da Assembléia Nacional Constituinte. A Corte Warren, nos Estados Unidos, como vimos, fez o mesmo. (LEAL, 2010, p. 81/106).

As semelhanças apontadas por Leal entre as duas cortes se restringem à afirmação de garantias aos cidadãos. Nesse sentido, a aproximação proposta chega a ser inócua, haja vista que todas as cortes que atuam em ambientes democráticos procuram reconhecer (e, eventualmente, alargar) os direitos e garantias em favor dos cidadãos. Ademais, o legado de

Warren é bem maior que o legado da gestão Mendes, que se notabilizou pelas polêmicas com seus pares¹⁹, a imprensa e até com o Presidente da República²⁰!

Importante destacar que a atuação do Poder Judiciário pauta-se pela legalidade, ou seja, para que o Judiciário estenda seu poder a domínios antes reservados a outras forças, é preciso que ele tenha sido instituído como tal e dotado de competências que lhe permitam solucionar conflitos políticos e sociais. A decisão que emprestou autoridade ao Judiciário a fim de dirimir tais conflitos não foi, na origem, tomada pelo juiz, mas pelo político. Sem a vontade do político em “delegar” ao juiz a resolução dos aludidos conflitos, o ativismo judicial se encontraria privado de fundamento institucional. Com efeito, constata-se, ao longo do século XX, como resultado de decisões políticas, uma regular expansão de poderes concedidos aos juízes.

A legalidade não constitui uma salvaguarda ao Poder Judiciário para alterar as instituições estatais. Ao contrário, a legalidade é o limite para a atuação judicial, ainda que tal atuação possa ser classificada como ativista. Luiz Roberto Barroso propõe uma atitude crítica do Judiciário nos seguintes termos:

Em suma: o Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir. Ter uma avaliação criteriosa da própria capacidade institucional e optar por não exercer o poder, em auto-limitação espontânea, antes eleva do que diminui. (BARROSO, 2009, p. 17).

Os limites do ativismo judicial foram muito bem delineados pelo constitucionalista português e professor catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, José Joaquim Gomes Canotilho:

[...] a radicação jurídico-política de magistraturas activas conduz ou não a um *estado de juízes* dominado por um activismo politicamente conformador das magistraturas? A nossa resposta é decididamente negativa se recortamos com rigor os limites do activismo judicial. Desde logo, *limites jurídico-constitucionais*, ou seja limites do direito constitucional positivo. Mesmo quando os juízes se podem assumir tendencialmente como ‘legisladores negativos’ (a declararem a inconstitucionalidade das normas) ou criadores do direito (ao elaborarem ‘normas’ para a decisão do caso), os juízes estão vinculados à constituição e à lei, à distribuição funcional de competências constitucionais, à separação de poderes e ao princípio democrático. (CANOTILHO, 2007, p. 91).

¹⁹ A célebre discussão com o Ministro Joaquim Barbosa durante sessão em 22/04/2009 encontra-se disponível no portal You Tube: <http://www.youtube.com/watch?v=sIUdUsPM2WA&feature=player_embedded>. Acesso em: janeiro de 2011.

²⁰ A justificativa do Ministro Gilmar Mendes também se encontra disponível no portal You Tube: <<http://www.youtube.com/watch?v=HJGqMu4L6gM>>. Acesso em: janeiro de 2011.

Delineados o ativismo judicial e a judicialização da política, resta-nos definir a politização do judiciário.

2.3 Politização do Judiciário

O debate acerca da politização do judiciário não é recente. Remonta ao notório embate teórico entre Hans Kelsen e Carl Schmitt sobre a criação do primeiro tribunal constitucional na Europa. Afinal, quem deveria ser o guardião da constituição? Refratário à existência da jurisdição constitucional, Carl Schmitt afirmou que a pretensão de judicialização da política iria se perverter em politização da justiça (SCHMITT, 1998, p. 57). O modelo proposto por Hans Kelsen (controle judicial concentrado de constitucionalidade) se mostrou viável e foi adotado por vários países (CAPPELLETTI, 1992, p. 73), mas a preocupação de Carl Schmitt de se criar um modelo juriscêntrico e elitista, conduzido por juízes filósofos subsiste até hoje.

Embora sejam correlatas por indicarem expansão do Poder Judiciário no processo decisório das democracias contemporâneas, judicialização da política e politização da justiça não são sinônimos. A segunda pode ser considerada deturpação da primeira, tal como a tirania seria a deturpação da monarquia preconizada por Aristóteles (DEL VECCHIO, 1979, p. 50).

Se na idéia de judicialização da política está em evidência a expansão das fronteiras do sistema judicial e os seus efeitos institucionais, notadamente na política e/ou na democracia, a noção de politização da justiça destaca os valores e preferências políticas dos atores judiciais como condição e efeito da expansão do poder das Cortes. A politização do judiciário requer que magistrados envidem esforços (deliberados) para participar da *policy-making* ao invés de deixá-la ao critério (exclusivo) de políticos e administradores e, em sua dinâmica, ela própria implicaria conotação política à decisão judicial.

Importante destacar que juízes não podem ser populistas e, em certos casos, terão de atuar de modo contra majoritário, mas não precisam incorrer na politização do judiciário. A conservação e a promoção dos direitos fundamentais, mesmo contra a vontade das maiorias políticas, é uma condição de funcionamento da democracia hodierna. Logo, a intervenção do Judiciário, nesses casos, sanando uma omissão legislativa ou invalidando uma lei inconstitucional, dá-se a favor e não contra a democracia, como leciona Luiz Werneck Vianna:

A efetividade das normas constitucionais protetoras de direitos sociais depende do grau, maior ou menor, da participação e da adesão da cidadania em torno do ideário constitucional e da vigilância dos seus destinatários; por outro lado, são os intérpretes informais do texto constitucional que podem evitar que as políticas públicas destinadas a atender demandas sociais não sejam destruídas por interpretações judiciais da Constituição presas ao velho paradigma liberal defensor da autonomia privada. (WERNECK VIANNA, 1997, p. 38).

Interessante aspecto é suscitado por Boaventura de Sousa Santos, Maria Manuel Leitão Marques e João Pedroso que compreendem a politização como ínsito aos três poderes do Estado:

Sendo certo que na matriz do Estado moderno o Judiciário é um poder político, titular de soberania, a verdade é que ele só se assume publicamente como poder político na medida em que interfere com outros poderes políticos. Ou seja, a política judiciária, que é uma característica matricial do Estado moderno, só se afirma como política do Judiciário quando se confronta, no seu terreno, com outras fontes de poder político. Daí que a judicialização dos conflitos políticos não possa deixar de se traduzir na politização dos conflitos judiciais. (SANTOS; MARQUES; PEDROSO, 1999, p. 1).

Assim, dos três conceitos esboçados (judicialização da política, ativismo judicial e politização do judiciário) o último é o mais pernicioso, pois pressupõe atuação do magistrado guiada por suas concepções políticas, independente dos limites legais existentes, especialmente, a Constituição.

A politização do judiciário transforma o poder judicante em verdadeiro protagonista a rivalizar com os poderes representativos, daí sua conotação negativa. Pressupõe que as ineficiências do Poder Executivo e Legislativo não contaminariam os magistrados (e membros do Ministério Público) (supostamente selecionados apenas pela capacidade intelectual). Por isso, a atuação política (deliberada) do magistrado tenderia a ser melhor que a atuação dos políticos profissionais. Ora, comezinha leitura da Constituição demonstra que a politização do judiciário deve ser rechaçada. Bem ou mal, a Constituição delimitou os limites institucionais entre os poderes do Estado e atribuiu ao Poder Judiciário o controle de legalidade dos atos do Executivo e Legislativo, razão pela qual a politização do Judiciário é nefasta ao equilíbrio, harmonia e independência dos poderes.

Deve-se ressaltar que a judicialização da política não produz, necessariamente, a politização do Judiciário. O constitucionalista Luís Roberto Barroso aponta que a

judicialização da política não foi resultante da atuação deliberada dos ministros do Supremo Tribunal Federal, mas das causas²¹ que lhes foram apresentadas por diversos atores:

O Tribunal não tinha a alternativa de conhecer ou não das ações, de se pronunciar ou não sobre o seu mérito, uma vez preenchidos os requisitos de cabimento. Não se pode imputar aos Ministros do STF a ambição ou a pretensão, em face dos precedentes referidos, de criar um modelo juriscêntrico, de hegemonia judicial. A judicialização, que de fato existe, não decorreu de uma opção ideológica, filosófica ou metodológica da Corte. Limitou-se ela a cumprir, de modo estrito, o seu papel constitucional, em conformidade com o desenho institucional vigente. Pessoalmente, acho que o modelo tem nos servido bem. (BARROSO, 2009, p. 4-5).

A judicialização da política decorre do modelo de constituição analítica (aquela que traz no seu texto regras que poderiam ser deixadas para serem tratadas em normas infraconstitucionais e busca detalhar as normas referentes à organização e funcionamento do Estado, garantias processuais, sócio-econômicas, culturais, etc.) e do sistema de controle de constitucionalidade abrangente adotados no Brasil, que permitem que discussões de largo alcance político e moral sejam trazidas sob a forma de ações judiciais. Vale dizer: a judicialização não decorre da vontade do Judiciário, mas sim do constituinte originário; já na politização do judiciário, a vontade é essencial.

Não defendemos que a corte constitucional deve ser cega ou indiferente às conseqüências políticas de suas decisões, inclusive para impedir resultados injustos ou danosos ao bem comum ou aos direitos fundamentais. Mas ela deve repelir a politização do Judiciário. Afinal, a corte constitucional somente pode agir dentro das possibilidades e dos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico.

Como muito bem leciona a professora Gisele Cittadino:

De qualquer forma, nunca é demais insistir no tema da responsabilidade democrática dos juízes quando se debate o tema da judicialização da política. Se, por um lado, parece não restar qualquer dúvida sobre a importância da atuação do poder judiciário no que diz respeito à garantia da concretização dos direitos da cidadania, é fundamental que o seu atual protagonismo seja compatível com as bases do constitucionalismo democrático. (CITTADINO, 2002, p. 19).

Entendemos que o protagonismo propugnado por Gisele Cittadino deve ser norteado pelos parâmetros estabelecidos na Constituição.

²¹ Determina o Código de Processo Civil: Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito. (BRASIL, 1973).

Definidos os conceitos elementares para o desenvolvimento desta dissertação, procuraremos demonstrar, no capítulo seguinte, que o Supremo Tribunal Federal, desde sua fundação, nunca esteve dissociado da política. Igualmente, demonstraremos que o fato de os Ministros da referida corte não serem eleitos não acarreta qualquer “déficit democrático”.

3 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Neste capítulo pretendemos apresentar panorama histórico das competências do Supremo Tribunal Federal a fim de demonstrar que a referida corte nunca esteve dissociada da política. Informaremos que a nomeação de magistrados, independentemente do nome atribuído a mais alta corte do Brasil, sempre foi prerrogativa do chefe do executivo e, portanto, sempre esteve submetida à esfera política. Entretanto, o fato de os magistrados, notadamente os ministros da referida corte, não serem eleitos não acarreta qualquer “déficit democrático”²².

Optamos por dividir este capítulo em duas seções: a primeira destinada ao esboço das atribuições do órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro ao longo das oito constituições (conforme será aduzido, consideramos a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, como nova constituição). Na sessão seguinte procuraremos refutar a idéia de que existiria “déficit democrático” no âmbito do Poder Judiciário, haja vista que os magistrados não são eleitos.

Alertamos que não temos a intenção de apresentar a história constitucional da aludida corte (quiçá do Poder Judiciário), mas apenas os aspectos mais relevantes das atribuições do Supremo Tribunal Federal ao longo das constituições. Para tanto, serão necessárias longas transcrições normativas que foram inseridas visando a facilitar a compreensão do leitor, poupando-o de posterior consulta aos referidos textos.

3.1 História

No início da colonização do Brasil, de 1534 a 1536, foram concedidas capitanias hereditárias, mediante cartas de doação e respectivos forais, as quais constituíram a primeira

²² O professor da Universidade Federal do Paraná, Marçal Justen Filho, atribui a criação da expressão “déficit democrático” à David Marquand que, em 1979, apontou a deficiência na forma de indicação dos membros do Parlamento Europeu, os quais eram (à época) indicados indiretamente pelos parlamentos nacionais. Cunhou, então, a expressão para qualificar a situação, pretendendo que a solução residiria na adoção de sistema de eleição direta (JUSTEN FILHO, 2003, p. 273). Mauro Cappelletti, ao tratar do mesmo assunto, refere-se ao problema da aceitabilidade da criação judiciária do direito ou simplesmente à sua “legitimidade democrática” (CAPPELLETTI, 1999, p. 19). Optamos pela utilização do termo “déficit democrático” por ser de uso corrente.

organização política e judiciária do país. Em 1548, D. João III determinou a criação de um Governo-Geral, expedindo-se quatro regimentos, destinados ao Governador-Geral, ao Provedor-Mor, ao Ouvidor-Geral e aos Provedores Parciais. O primeiro Governador-Geral, Tomé de Souza, desembarcou na Bahia em março de 1549. Cabia ao Ouvidor julgar os litígios em primeira instância, bem como tomar conhecimento (ouvir) os recursos que eram encaminhados para julgamento em Portugal (note-se já nos primórdios a prestação jurisdicional extremamente difícil e morosa). Ao analisar este período, o historiador Boris Fausto destaca:

A instituição de um governo geral representou um esforço de centralização administrativa, mas isso não significa que o governador geral detivesse todos os poderes, nem que em seus primeiros tempos pudesse exercer uma atividade muito abrangente. A ligação entre as capitanias era bastante precária, limitando o raio de ação dos governadores. (FAUSTO, 2008, p. 47).

A fim de se evitar a remessa de recursos da colônia para a metrópole, criou-se, em Salvador, o primeiro Tribunal da Relação, em 1587; entretanto, este tribunal deixou de ser instalado por não haverem chegado ao país seus integrantes. Somente em 1609, D. Filipe III expediu alvará ordenando que se constituísse na mesma cidade a Relação do Brasil. Suprimida em 1626, ela foi restaurada em 1652 por D. João IV.

Cerca de um século depois, em 13 de outubro de 1751, foi fundado o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro, criado por alvará de D. José I, perdendo o da Bahia o título de Tribunal da Relação do Brasil. Em 1763 a sede do Governo-Geral foi transferida de Salvador para o Rio de Janeiro.

Com a transferência da corte lusitana para o Brasil em 1808, em decorrência da invasão napoleônica a Portugal, foi elevado o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro à condição de Casa da Suplicação do Brasil, ou seja, tribunal de última instância, acumulando as atribuições da extinta Relação, conforme Alvará de 10 de maio de 1808, expedido por D. João, então Príncipe Regente:

I – A Relação desta cidade se denominará Casa da Suplicação do Brasil, e será considerada como Superior Tribunal de Justiça para se findarem ali todos os pleitos em última instância, por maior que seja o seu valor, sem que das últimas sentenças proferidas em qualquer das Mesas da sobredita Casa se possa interpor outro recurso, que não seja o das Revistas, nos termos restritos do que se acha disposto

*nas Minhas Ordenações, Leis e mais Disposições. E terão os Ministros a mesma alçada que têm os da Casa da Suplicação de Lisboa.*²³

Em dezembro de 1815, o Príncipe Regente elevou o Brasil à categoria de reino, Reino Unido de Portugal e do Brasil e Algarves.

Após a independência, tornou-se fundamental elaborar uma constituição para o império. Em maio de 1823 iniciaram-se os trabalhos da Assembléia Constituinte. Os embates entre a Assembléia e o Imperador acerca das atribuições do Poder Executivo e Legislativo levaram D. Pedro, com o apoio do militares, a dissolver a Assembléia e prender vários deputados. Em 25 de março de 1824 foi outorgada a "Constituição Política do Império do Brasil"*(sic)*, a primeira Constituição do Brasil.

Reiteramos que não temos a pretensão de analisar, historicamente, todas as constituições do país, razão pela qual apresentaremos apenas os aspectos relevantes referentes ao Poder Judiciário e a nomeação política dos integrantes do órgão de cúpula do Poder Judiciário. A partir deste esboço histórico tentaremos refutar a recorrente idéia de que faltaria legitimidade democrática ao poder judicante.

Referindo-se aos poderes do Estado, a Constituição de 1824 consagrou:

Art. 9. A Divisão, e harmonia dos Poderes Politicos é o principio conservador dos Direitos dos Cidadãos, e o mais seguro meio de fazer effectivas as garantias, que a Constituição offerece. *(sic)*

Art. 10. Os Poderes Politicos reconhecidos pela Constituição do Imperio do Brazil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial. *(sic)* (BRASIL, 1824).

Referindo-se ao "Poder Judicial", a Carta de 1824 consagrou:

Art. 151. O Poder Judicial independente, e será composto de Juizes, e Jurados, os quaes terão logar assim no Civel, como no Crime nos casos, e pelo modo, que os Codigos determinarem. *(sic)*

Art. 152. Os Jurados pronunciam sobre o facto, e os Juizes applicam a Lei. *(sic)*

Art. 153. Os Juizes de Direito serão perpetuos, o que todavia se não entende, que não possam ser mudados de uns para outros Logares pelo tempo, e maneira, que a Lei determinar. *(sic)*

Art. 154. O Imperador poderá suspendel-os por queixas contra elles feitas, precedendo audiencia dos mesmos Juizes, informação necessaria, e ouvido o Conselho de Estado. Os papeis, que lhes são concernentes, serão remettidos á Relação do respectivo Districto, para proceder na fôrma da Lei. *(sic)*

Art. 155. Só por Sentença poderão estes Juizes perder o Logar. *(sic)*

²³ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfHistorico>>. Acesso em: março de 2011.

Art. 156. Todos os Juizes de Direito, e os Officiaes de Justiça são responsaveis pelos abusos de poder, e prevaricações, que commetterem no exercicio de seus Empregos; esta responsabilidade se fará effectiva por Lei regulamentar. *(sic)*

Art. 157. Por suborno, peita, peculato, e concussão haverá contra elles acção popular, que poderá ser intentada dentro de anno, e dia pelo proprio queixoso, ou por qualquer do Povo, guardada a ordem do Processo estabelecida na Lei. *(sic)*

Art. 158. Para julgar as Causas em segunda, e ultima instancia haverá nas Provincias do Imperio as Relações, que forem necessarias para commodidade dos Povos. *(sic)*

Art. 159. Nas Causas crimes a Inquirição das Testemunhas, e todos os mais actos do Processo, depois da pronuncia, serão publicos desde já. *(sic)*

Art. 160. Nas civeis, e nas penaes civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes Arbitros. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes. *(sic)*

Art. 161. Sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará Processo algum. *(sic)*

Art. 162. Para este fim haverá juizes de Paz, os quaes serão electivos pelo mesmo tempo, e maneira, por que se elegem os Vereadores das Camaras. Suas attribuições, e Districtos serão regulados por Lei. *(sic)*

Art. 163. Na Capital do Imperio, além da Relação, que deve existir, assim como nas demais Provincias, haverá tambem um Tribunal com a denominação de - Supremo Tribunal de Justiça - composto de Juizes Letrados, tirados das Relações por suas antiguidades; e serão condecorados com o Titulo do Conselho. Na primeira organização poderão ser empregados neste Tribunal os Ministros daquelles, que se houverem de abolir. *(sic)*

Art. 164. A este Tribunal Compete:

I. Conceder, ou denegar Revistas nas Causas, e pela maneira, que a Lei determinar.

II. Conhecer dos delictos, e erros do Officio, que commetterem os seus Ministros, os das Relações, os Empregados no Corpo Diplomatico, e os Presidentes das Provincias. *(sic)*

III. Conhecer, e decidir sobre os conflictos de jurisdição, e competencia das Relações Provinciaes. *(sic)*(BRASIL, 1824).

A implementação do Supremo Tribunal de Justiça decorreu de projeto de Bernardo Pereira de Vasconcelos que, após exame da Câmara e do Senado, deu origem à lei sancionada pelo Imperador D. Pedro I, em 18 de setembro de 1828²⁴. O Supremo Tribunal de Justiça, integrado por dezessete juizes, foi instalado em 9 de janeiro de 1829, na Casa do “Ilustríssimo Senado da Câmara”, tendo subsistido até a Proclamação da República.

Importante destacar que durante o Império, a nomeação de magistrados era política, pois o imperador, além de titular do Poder Moderador, exercia também a chefia do Poder Executivo, conforme diretiva constitucional:

²⁴ Determina a referida Lei: “Art. 1º O Supremo Tribunal de Justiça será composto de dezasete Juizes letrados, tirados das Relações por suas antiguidades, e serão condecorados com o titulo do Conselho; usarão de béca, e capa; terão o tratamento de excellencia, e o ordenado de 4:000\$000 sem outro algum emolumento, ou propina. E não poderão exercitar outro algum emprego, salvo de membro do Poder Legislativo, nem accumular outro algum ordenado. Na primeira organização poderão ser empregados neste Tribunal os Ministros daquelles, que se houverem de abolir, sem que por isso deixem de continuar no exercicio desses Tribunaes, em quanto não forem extinctos. *(sic)* Art. 2º O Imperador elegerá o Presidente d'entre os membros do Tribunal, que servirá pelo tempo de tres annos. No impedimento, ou falta do Presidente, fará suas vezes o mais antigo, e na concurrencia de dous de igual antiguidade a sorte decidirá.” *(sic)*. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=81701&tipoDocumento=LEI&tipoTexto=PUB>>. Acesso em: maio de 2011.

Art. 102. O Imperador é o Chefe do Poder Executivo, e o exercita pelos seus Ministros de Estado. São suas principais atribuições (*sic*)

- I. Convocar a nova Assembléa Geral ordinaria no dia tres de Junho do terceiro anno da Legislatura existente.
- II. Nomear Bispos, e prover os Beneficios Ecclesiasticos.
- III. Nomear Magistrados.
- IV. Prover os mais Empregos Civis, e Politicos.
- V. Nomear os Commandantes da Força de Terra, e Mar, e removel-os, quando assim o pedir o Serviço da Nação.
- VI. Nomear Embaixadores, e mais Agentes Diplomaticos, e Commerciaes.
- VII. Dirigir as Negociações Politicas com as Nações estrangeiras. (*sic*) (BRASIL, 1824).

Proclamada a República em 15 de novembro de 1889, o órgão de cúpula do Poder Judiciário passou a ser denominado Supremo Tribunal Federal, conforme Constituição Provisória publicada com o Decreto nº 510, de 22 de junho de 1890:

Art. 47. Compete privativamente ao Presidente da Republica: [...] 11 Nomear os magistrados federaes; (*sic*)¹² Nomear os membros do Supremo Tribunal Federal e os ministros diplomaticos, mediante approvação do Senado; podendo, na ausencia do Congresso, designal-os em commissão até que o Senado se pronuncie; (*sic*)²⁵

A Constituição da “República dos Estados Unidos do Brasil” (que consagrou a forma de governo republicana, o sistema de governo presidencialista e a forma de Estado federal) foi promulgada em 24 de fevereiro de 1891 e regulou o Poder Judiciário nos seguintes termos:

Art 55 - O Poder Judiciário, da União terá por órgãos um Supremo Tribunal Federal, com sede na Capital da República e tantos Juizes e Tribunais Federais, distribuidos pelo País, quantos o Congresso criar.'

Art 56 - O Supremo Tribunal Federal compor-se-á de quinze Juizes, nomeados na forma do art. 48, nº 12, dentre os cidadãos de notável saber e reputação, elegíveis para o Senado.

Art 57 - Os Juizes federais são vitalícios e perderão o cargo unicamente por sentença judicial.

§ 1º - Os seus vencimentos serão determinados por lei e não poderão ser diminuídos.

§ 2º - O Senado julgará os membros do Supremo Tribunal Federal nos crimes de responsabilidade, e este os Juizes federais inferiores.

Art 58 - Os Tribunais federais elegerão de seu seio os seus Presidentes e organizarão as respectivas Secretarias.

§ 1º - A nomeação e a demissão dos empregados da Secretaria bem como o provimento dos Officios de Justiça nas circunscrições judiciárias, competem respectivamente aos Presidentes dos Tribunais.

§ 2º - O Presidente da República designará, dentre os membros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República, cujas atribuições se definirão em lei,

Art 59 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

I - processar e julgar originária e privativamente:

a) o Presidente da República nos crimes comuns, e os Ministros de Estado nos casos do art. 52;

²⁵ Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/index.jsp>>. Acesso em: maio de 2011.

- b) os Ministros Diplomáticos, nos crimes comuns e nos de responsabilidade;
- c) as causas e conflitos entre a União e os Estados, ou entre estes uns com os outros;
- d) os litígios e as reclamações entre nações estrangeiras e a União ou os Estados;
- e) os conflitos dos Juizes ou Tribunais Federais entre si, ou entre estes e os dos Estados, assim como os dos Juizes e Tribunais de um Estado com Juizes e Tribunais de outro Estado.

II - julgar, em grau de recurso, as questões resolvidas pelos Juizes e Tribunais Federais, assim como as de que tratam o presente artigo, § 1º, e o art. 60;

III - rever os processos, findos, nos termos do art. 81.

§ 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

- a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela;
- b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.

§ 2º - Nos casos em que houver de aplicar leis dos Estados, a Justiça Federal consultará a jurisprudência dos Tribunais locais, e vice-versa, as Justiças dos Estados consultarão a jurisprudência dos Tribunais Federais, quando houverem de interpretar leis da União.

Art 60 - Compete aos Juizes ou Tribunais Federais, processar e julgar:

- a) as causas em que alguma das partes fundar a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição federal;
- b) todas as causas propostas contra o Governo da União ou Fazenda Nacional, fundadas em disposições da Constituição, leis e regulamentos do Poder Executivo, ou em contratos celebrados com o mesmo Governo;
- c) as causas provenientes de compensações, reivindicações, indenização de prejuízos ou quaisquer outras propostas, pelo Governo da União contra particulares ou vice-versa;
- d) os litígios entre um Estado e cidadãos de outro, ou entre cidadãos de Estados diversos, diversificando as leis destes;
- e) os pleitos entre Estados estrangeiros e cidadãos brasileiros;
- f) as ações movidas por estrangeiros e fundadas, quer em contratos com o Governo da União, quer em convenções ou tratados da União com outras nações;
- g) as questões de direito marítimo e navegação assim no oceano como nos rios e lagos do País;
- h) as questões de direito criminal ou civil internacional;
- i) os crimes políticos.

§ 1º - É vedado ao Congresso cometer qualquer jurisdição federal às Justiças dos Estados.

§ 2º - As sentenças e ordens da magistratura federal são executadas por oficiais judiciários da União, aos quais a policia local é obrigada a prestar auxílio, quando invocado por eles.

Art 61 - As decisões dos Juizes ou Tribunais dos Estados nas matérias de sua competência porão termo aos processos e às questões, salvo quanto a:

1º) *habeas corpus*, ou

2º) espólio de estrangeiro, quando a espécie não estiver prevista em convenção, ou tratado. Em tais casos haverá recurso voluntário para o Supremo Tribunal Federal.

Art 62 - As Justiças dos Estados não podem intervir em questões submetidas aos Tribunais Federais, nem anular, alterar, ou suspender as suas sentenças ou ordens. E, reciprocamente, a Justiça Federal não pode intervir em questões submetidas aos Tribunais dos Estados nem anular, alterar ou suspender as decisões ou ordens destes, excetuados os casos expressamente declarados nesta Constituição. (BRASIL, 1891).

Inovação relevante foi introduzida pelo art. 59, § 1º, b, que instituiu o denominado controle difuso de constitucionalidade nos moldes norte-americano, pelo qual a inconstitucionalidade se implementava de modo incidental (*incidenter tantum*) e

prejudicialmente ao mérito²⁶. Além disso, a Constituição de 1891 manteve a nomeação política de magistrados:

Art 48 - Compete privativamente ao Presidente da República: [...] 11º) nomear os magistrados federais mediante proposta do Supremo Tribunal; 12º) nomear os membros do Supremo Tribunal Federal e os Ministros diplomáticos, sujeitando a nomeação à aprovação do Senado. Na ausência do Congresso, designá-los-á em comissão até que o Senado se pronuncie; (BRASIL, 1891).

Embora previsto desde o advento do Código do Processo Criminal, de 29 de novembro de 1832, a garantia do *habeas corpus* foi substancialmente ampliada pela Constituição de 1891:

Art 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 22 - Dar-se-á o *habeas corpus*, sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder. (BRASIL, 1891).

A redação do parágrafo vinte e dois (acima transcrito) viabilizou a chamada “teoria brasileira do *habeas corpus*” (LENZA, 2011, p. 104), pois se utilizava o *habeas corpus* para coibir qualquer ilegalidade ou abuso de poder, ainda que não relacionado à liberdade de locomoção. A teoria brasileira do *habeas corpus* pode ser considerada a maior manifestação de ativismo judicial, sob a égide da primeira constituição republicana. Referindo-se a ela, Elival da Silva Ramos atesta:

A bem de ver, a inexistência na Constituição de garantias processuais que assegurassem a tutela de liberdades outras que a de locomoção compelia advogados e juizes a buscarem a extensão do manto protetor do *habeas corpus* também a esses procedimentos, seriamente ameaçados pelo autoritarismo presidencial dos primeiros tempos da República brasileira. Fê-lo, inicialmente, Rui Barbosa com apelo aos vetustos interditos possessórios, cuja serventia para a correção de atos ofensivos a direitos constitucionais foi por ele engenhosamente arquitetada, fazendo remissão a antigos escólios doutrinários, que davam amparo à “teoria da posse de direitos pessoais”[...] (RAMOS, 2010, p. 227-228).

²⁶ A Lei Federal nº 221, de 20 de novembro de 1894, determinava: Art. 13, § 10 “os juizes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição”. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/4320/por-uma-perspectiva-constitucionalmente-adequada-da-jurisducao-e-do-processo-constitucional-em-um-paradigma-democratico-de-direito/3>>. Acesso em: maio de 2011.

Em 03 de setembro de 1926 foi editada a Emenda nº 1 à Constituição de 1891 que extinguiu a “teoria brasileira do *habeas corpus*”, haja vista que o referido remédio constitucional foi limitado exclusivamente à liberdade de locomoção.

Após a Revolução de 1930, o Governo Provisório decidiu, pelo Decreto n.º 19.656, de 3 de fevereiro de 1931, reduzir o número de ministros do Supremo Tribunal Federal para onze, permanecendo a nomeação política para o órgão de cúpula do Poder Judiciário.

A Constituição promulgada em 1934²⁷, além de consagrar direitos sociais e o voto feminino, mudou a denominação do órgão para “Corte Suprema” e manteve a nomeação política de seus integrantes:

Art 73 - A Corte Suprema, com sede na Capital da República e jurisdição em todo o território nacional, compõe-se de onze Ministros.

§ 1º - Sob proposta da Corte Suprema, pode o número de Ministros ser elevado por lei até dezesseis, e, em qualquer caso, é irredutível.

§ 2º - Também, sob proposta da Corte Suprema, poderá a lei dividi-la em Câmaras ou Turmas, e distribuir entre estas ou aquelas os julgamentos dos feitos, com recurso ou não para o Tribunal Pleno, respeitado o que dispõe o art. 179.

Art 74 - Os Ministros da Corte Suprema serão nomeados pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, dentre brasileiros natos de notável saber jurídico e reputação ilibada alistados eleitores, não devendo ter, salvo os magistrados, menos de 35, nem mais de 65 anos de idade.

Art 75 - Nos crimes de responsabilidade, os Ministros da Corte Suprema serão processados e julgados pelo Tribunal Especial, a que se refere o art. 58.

Art 76 - A Corte Suprema compete:

1) processar e julgar originariamente:

- a) o Presidente da República e os Ministros da Corte Suprema, nos crimes comuns;
- b) os Ministros de Estado, o Procurador-Geral da República, os Juizes dos Tribunais federais e bem assim os das Cortes de Apelação dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, os Ministros do Tribunal de Contas e os Embaixadores e Ministros diplomáticos nos crimes comuns e nos de responsabilidade, salvo, quanto aos Ministros de Estado, o disposto no final do 1º do art. 61;
- c) os Juizes federais e os seus substitutos, nos crimes de responsabilidade;
- d) as causas e os conflitos entre à União e os Estados, ou entre estes;
- e) os litígios entre as nações estrangeiras e a União ou os Estados;
- f) os conflitos de jurisdição entre Juizes ou Tribunais federais, entre estes e os Estados, e entre Juizes e Tribunais de Estados diferentes, incluídos, nas duas últimas hipóteses, os do Distrito Federal e os dos Territórios;
- g) a extradição de criminosos, requisitada por outras nações, e a homologação de sentenças estrangeiras;
- h) o *habeas corpus*, quando for paciente, ou coator, Tribunal, funcionário ou autoridade, cujos atos estejam sujeitos imediatamente à jurisdição da Corte; ou quando se tratar de crime sujeito a essa mesma jurisdição em única instância; e, ainda se houver perigo de se consumir a violência antes que outro Juiz ou Tribunal possa conhecer do pedido;

²⁷ Dentre outras inovações deve-se citar a criação da Justiça Eleitoral como órgão do Poder Judiciário (art. 63,d). Adoção, ao lado da representação política tradicional, a representação corporativa de influência facista (art. 23). Manutenção do sistema de controle difuso de constitucionalidade e estabeleceu, além da ação direta de inconstitucionalidade interventiva (art. 12, § 2º), a denominada cláusula de reserva do plenário (art. 179 - a declaração de inconstitucionalidade somente poderia ser pela maioria absoluta dos membros do tribunal) e a atribuição ao Senado Federal de competência para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou ato declarado inconstitucional por decisão definitiva (art. 91, IV).

- i) o mandado de segurança contra atos do Presidente da República ou de Ministro de Estado;
 - j) a execução das sentenças contra causas da sua competência originária com a faculdade de delegar atos do processo a Juiz inferior;
- 2) julgar:
- I - as ações rescisórias dos seus acórdãos;
 - II - em recurso ordinário:
 - a) as causas, inclusive mandados de segurança, decididas por Juízes e Tribunais federais, sem prejuízo do disposto nos arts. 78 e 79;
 - b) as questões resolvidas pelo Tribunal Superior de Justiça Eleitoral, no caso do art. 83, § 1º;
 - c) as decisões de última ou única instância das Justiças locais e as de Juízes e Tribunais federais, denegatórias de *habeas corpus* ;
 - III - em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instância:
 - a) quando a decisão for contra literal disposição de tratado ou lei federal, sobre cuja aplicação se haja questionado;
 - b) quando se questionar sobre a vigência ou validade de lei federal em face da Constituição, e a decisão do Tribunal local negar aplicação à lei impugnada;
 - c) quando se contestar a validade de lei ou ato dos Governos locais em face da Constituição, ou de lei federal, e a decisão do Tribunal local julgar válido o ato ou a lei impugnada;
 - d) quando ocorrer diversidade de interpretação definitiva da lei federal entre Cortes de Apelação de Estados diferentes, inclusive do Distrito Federal ou dos Territórios, ou entre um deste Tribunais e a Corte Suprema, ou outro Tribunal federal;
- 3) rever, em benefício dos condenados, nos casos e pela forma que a lei determinar, os processos findos em matéria criminal, inclusive os militares e eleitorais, a requerimento do réu, do Ministério Público ou de qualquer pessoa.
- Parágrafo único - Nos casos do nº 2, III, letra *d* , o recurso poderá também ser interposto pelo Presidente de qualquer dos Tribunais ou pelo Ministério Público.
- Art 77 - Compete ao Presidente da Corte Suprema conceder exequatur às cartas rogatórias das Justiças estrangeiras. (BRASIL, 1934).

Para evitar que a atuação do Poder Judiciário pudesse impedir a implementação do ideal revolucionário, a Carta de 1934 trouxe importante vedação:

Art 68 - É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas. (BRASIL, 1934).

Tal vedação pode ser considerada a imposição institucional de *self-restraint*²⁸ ao Poder Judiciário. O objetivo era evidente: conferir completa imunidade de fiscalização judicial a todos os assuntos que envolvessem “questões exclusivamente políticas”. Nesse sentido, Elival da Silva Ramos, apoiando-se em Pontes de Miranda, assevera:

Assim como não há ato inteiramente discricionário, não existem matérias totalmente políticas e, por isso, excluídas de apreciação judicial:
 “Onde quer que haja poder discricionário há atividade política; nem por isso, saltando o órgão agente as lindas da sua competência, se veda ao Poder Judiciário o

²⁸ Como aduzido no Capítulo 1, *self-restraint* refere-se à auto-contenção do Poder Judiciário. O art. 68, da Carta de 1934 não é propriamente *self* (próprio), pois não partiu do referido Poder, mas foi uma imposição constitucional do Poder Legislativo (e do Poder Executivo).

conhecimento da questão eminentemente jurídica, como lhe caberia conhecer de qualquer questão de devolução de competência. Toda discricionariedade é interior, é ‘dentro’; nesse branco, que as raias das atribuições concedem, é que o aspecto ou a dimensão é só concernente à política. O que é difícil (...) é que a questão política não possa, em certas circunstâncias, fundamentar pleito legal, apresentar aspecto, lado, caráter ou dimensão política; de modo que o princípio de não cognição do caso político deve ser entendido como se estivesse escrito: ‘É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões que não tenham sido postas sob a forma de ação em juízo, ou por não serem suscetíveis de se proporem como tais, ou porque não as enunciou como tais o autor, ou, na reconvenção, o réu’. Sempre que se discute se é constitucional, ou não, o ato do Poder Executivo, ou do Poder Judiciário, ou do Poder Legislativo, a questão judicial está formulada, o elemento político foi excedido, e caiu-se no terreno da questão jurídica”. (PONTES DE MIRANDA apud RAMOS, 2010, p. 148/149).

A Carta de 1934 foi revogada pelo presidente Getúlio Vargas (eleito pela mesma Assembléia Constituinte que a elaborou), que também dissolveu a Câmara e o Senado e implantou o Estado Novo, norteado pela Constituição outorgada em 10 de novembro de 1937. Esta restaurou o título “Supremo Tribunal Federal”, destinando-lhe os seguintes artigos:

Art 94 - É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas. [...] Art 96 - Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juizes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República. Parágrafo único - No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.

DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Art 97 - O Supremo Tribunal Federal, com sede na Capital da República e jurisdição em todo o território nacional, compõe-se de onze Ministros.

Parágrafo único - Sob proposta do Supremo Tribunal Federal, pode o número de Ministros ser elevado por lei até dezesseis, vedada, em qualquer caso, a sua redução.

Art 98 - Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, com aprovação do Conselho Federal, dentre brasileiros natos de notável saber jurídico e reputação ilibada, não devendo ter menos de trinta e cinco, nem mais de cinquenta e oito anos de idade.

Art 99 - O Ministério Público Federal terá por Chefe o Procurador-Geral da República, que funcionará junto ao Supremo Tribunal Federal, e será de livre nomeação e demissão do Presidente da República, devendo recair a escolha em pessoa que reúna os requisitos exigidos para Ministro do Supremo Tribunal Federal.

Art 100 - Nos crimes de responsabilidade, os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão processados e julgados pelo Conselho Federal.

Art 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

I - processar e julgar originariamente:

- a) os Ministros do Supremo Tribunal;
- b) os Ministros de Estado, o Procurador-Geral da República, os Juizes dos Tribunais de Apelação dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, os Ministros do Tribunal de Contas e os Embaixadores e Ministros diplomáticos, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, salvo quanto aos Ministros de Estado e aos Ministros do Supremo Tribunal Federal, o disposto no final do § 2º do art. 89 e no art. 100;
- e) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, ou entre estes;
- d) os litígios entre nações estrangeiras e a União ou os Estados;

- e) os conflitos de jurisdição entre Juízes ou Tribunais de Estados diferentes, incluídos os do Distrito Federal e os dos Territórios;
 - f) a extradição de criminosos, requisitada por outras nações, e a homologação de sentenças estrangeiras;
 - g) o *habeas corpus*, quando for paciente, ou coator, Tribunal, funcionário ou autoridade, cujos atos estejam sujeitos imediatamente à jurisdição do Tribunal, ou quando se tratar de crime sujeito a essa mesma jurisdição em única instância; e, ainda, se houver perigo de consumir-se a violência antes que outro Juiz ou Tribunal possa conhecer do pedido;
 - h) a execução das sentenças, nas causas da sua competência originária, com a faculdade de delegar atos do processo a Juiz inferior;
- II - julgar:
- 1º) as ações rescisórias de seus acórdãos;
 - 2º) em recurso ordinário:
 - a) às causas em que a União for interessada como autora ou ré, assistente ou oponente;
 - b) as decisões de última ou única instância denegatórias de *habeas corpus*;
- III - julgar, em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instâncias:
- a) quando a decisão for contra a letra de tratado ou lei federal, sobre cuja aplicação se haja questionado;
 - b) quando se questionar sobre a vigência ou validade da lei federal em face da Constituição, e a decisão do Tribunal local negar aplicação à lei impugnada;
 - c) quando se contestar a validade de lei ou ato dos Governos locais em face da Constituição, ou de lei federal, e a decisão do Tribunal local julgar válida a lei ou o ato impugnado;
 - d) quando decisões definitivas dos Tribunais de Apelação de Estados diferentes, inclusive do Distrito Federal ou dos Territórios, ou decisões definitivas de um destes Tribunais e do Supremo Tribunal Federal derem à mesma lei federal inteligência diversa.
- Parágrafo único - Nos casos do nº II, nº 2, letra *b*, poderá o recurso também ser interposto pelo Presidente de qualquer dos Tribunais ou pelo Ministério Público.
- Art 102 - Compete ao Presidente do Supremo Tribunal Federal conceder exequatur às cartas rogatórias das Justiças estrangeiras. (BRASIL, 1937).

Aproveu à ditadura Vargas solapar os Poderes Legislativo e Judiciário; aquele praticamente deixou de existir por força do art. 178, da constituição que preconizava:

Art 178 - São dissolvidos nesta data a Câmara dos Deputados, o Senado Federal, as Assembléias Legislativas dos Estados e as Câmaras Municipais. As eleições ao Parlamento nacional serão marcadas pelo Presidente da República, depois de realizado o plebiscito a que se refere o art. 187. [...] Art 187 - Esta Constituição entrará em vigor na sua data e será submetida ao plebiscito nacional na forma regulada em decreto do Presidente da República. (BRASIL, 1937).

Referindo-se à completa discrepância entre os Poderes do Estado durante o malfadado período denominado Estado Novo, José Afonso da Silva, constata;

A Carta de 1937 não teve, porém, aplicação regular. Muitos de seus dispositivos permaneceram letra morta. Houve ditadura pura e simples, com todo o Poder Executivo e Legislativo concentrado nas mãos do Presidente da República, que legislava via decretos-leis que ele próprio depois aplicava, como órgão do Executivo.

Vinte e uma emendas sofreu essa Constituição, através de leis constitucionais, que a alteravam ao sabor das necessidades e conveniências do momento e, não raro, até do capricho do chefe de governo. (SILVA, 1998, p 85).

Getúlio Vargas foi deposto pelas Forças Armadas, razão pela qual a chefia do Poder Executivo foi exercida pelo então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro José Linhares, que governou de 29 de outubro de 1945 a 31 de janeiro de 1946. A rápida gestão de José Linhares foi marcada por importantes atos, cabendo apenas ressaltar a revogação do art. 177 (que permitia a aposentadoria ou reforma compulsórias, a exclusivo critério do governo), bem como art. 96, parágrafo único (que restringia o controle de constitucionalidade do órgão de cúpula do Poder Judiciário); a extinção do Tribunal de Segurança Nacional e a revogação do Estado de Emergência. Importante ressaltar que a Lei Constitucional nº 13, de 12 de novembro de 1945, atribuiu poderes constituintes ao parlamento que seria eleito em dezembro daquele ano para a elaboração da nova Constituição do país.

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil foi promulgada em 18 de setembro de 1946 e dedicou ao Supremo Tribunal Federal os seguintes artigos:

Art 98 - O Supremo Tribunal Federal, com sede na Capital da República e jurisdição em todo o território nacional, compor-se-á de onze Ministros. Esse número, mediante proposta do próprio Tribunal, poderá ser elevado por lei.

Art 99 - Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, dentre brasileiros (art. 129, nº 5 I e II), maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

Art 100 - Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão, nos crimes de responsabilidade, processados e julgados pelo Senado Federal.

Art 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete:

I - processar e julgar originariamente:

- a) o Presidente da República nos crimes comuns;
- b) os seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República nos crimes comuns;
- c) os Ministros de Estado, os Juizes dos Tribunais Superiores Federais, os Desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, os Ministros do Tribunal de Contas e os Chefes de Missão Diplomática em caráter permanente, assim nos crimes comuns como nos de responsabilidade, ressalvado, quanto aos Ministros de Estado, o disposto no final do art. 92;
- d) os litígios entre Estados estrangeiros e a União, os Estados, o Distrito Federal ou os Municípios;
- e) as causas e conflitos entre a União e os Estados ou entre estes;
- f) os conflitos de jurisdição entre Juizes ou Tribunais Federais de Justiças diversas, entre quaisquer Juizes ou Tribunais Federais e os dos Estados, e entre Juizes ou Tribunais de Estados diferentes, inclusive os do Distrito Federal e os dos Territórios;
- g) a extradição dos criminosos, requisitada por Estados estrangeiros e a homologação das sentenças estrangeiras;
- h) o *habeas corpus*, quando o coator ou paciente for Tribunal, funcionário ou autoridade cujos atos estejam diretamente sujeitos à jurisdição do Supremo Tribunal Federal; quando se tratar de crime sujeito a essa mesma jurisdição em única instância; e quando houver perigo de se consumir a violência, antes que outro Juiz ou Tribunal possa conhecer do pedido;

i) os Mandados de segurança contra ato do Presidente da República, da Mesa da Câmara ou do Senado e do Presidente do próprio Supremo Tribunal Federal;
 j) a execução das sentenças, nas causas da sua competência originária, sendo facultada a delegação de atos processuais a Juiz inferior ou a outro, Tribunal;

k) as ações rescisórias dê seus acórdãos;

II - julgar em recurso ordinário:

a) os mandados de segurança e os *habeas corpus* decididos em última instância pelos Tribunais locais ou federais, quando denegatória a decisão;

b) as causas decididas por Juízes locais, fundadas em, tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro, assim como as em que forem partes um Estado estrangeiro e pessoa domiciliada no País;

c) os crimes políticos;

III - julgar em recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros Tribunais ou Juízes:

a) quando a decisão for contrária a dispositivo desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal;

b) quando se questionar sobre a validade de lei federal em face desta Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada;

c) quando se contestar a validade de lei ou ato de governo local em face desta Constituição ou de lei federal, e a decisão recorrida julgar válida a lei ou o ato;

d) quando na decisão recorrida a interpretação da lei federal invocada for diversa da que lhe haja dado qualquer dos outros Tribunais ou o próprio Supremo Tribunal Federal.

IV - rever, em benefício dos condenados, as suas decisões criminais em processos findos.

Art 102 - Com recurso voluntário para o Supremo Tribunal Federal, é da competência do seu Presidente conceder exequatur a cartas rogatórias de Tribunais estrangeiros. (BRASIL, 1946).

Percebe-se que a nomeação dos integrantes do Supremo Tribunal Federal²⁹ também permaneceu na seara política do chefe do Executivo. Esta Constituição significou o arcabouço normativo para a redemocratização do país. À perenidade desta Constituição concorreram várias crises sócio-político-institucionais, dentre elas o suicídio de Getúlio Vargas em 24 de agosto de 1954; a deposição do Presidente da Câmara dos Deputados, Carlos Luz, que exercia a chefia do Executivo em 11 de novembro de 1955; a renúncia de Jânio Quadros em 25 de agosto de 1961; a instituição do parlamentarismo em 09 de setembro de 1961, limitando o Vice-Presidente da República, João Goulart, a Chefe de Estado (referendo realizado em 06 de janeiro de 1963 determinou o retorno do presidencialismo como sistema de governo).

Em 31 de março de 1964 eclodiu golpe militar que culminou com deposição de João Goulart. O chamado “Supremo Comando da Revolução” (leia-se o General Artur da Costa e Silva, o Brigadeiro Francisco Correia de Melo e o Almirante Augusto Hamann Rademaker Grunewald) expediu o Ato Institucional nº 1, de 09 de abril de 1964, que manteve (formalmente) vigorante a Constituição de 1946, mas impôs cassações de mandatos e suspensões de direitos políticos.

²⁹ Em 21 de abril de 1960, em decorrência da mudança da capital federal, o Supremo Tribunal Federal transferiu-se para Brasília. Está sediado na Praça dos Três Poderes.

O Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965, aumentou o número de ministros do Supremo Tribunal Federal para dezesseis (acréscimo mantido pela Constituição de 24 de janeiro de 1967). O Congresso Nacional foi fechado em 1966 e reaberto por força do Ato Institucional nº 4 para aprovar a Constituição de 1967. Apesar de formalmente promulgada, haja vista aprovação pelo Congresso Nacional, nos filiamos às ponderações de Pedro Lenza que defende que a referida Constituição foi outorgada:

Contudo, em razão do “autoritarismo” implantado pelo *Comando Militar da Revolução*, não possuindo o Congresso Nacional liberdade para alterar substancialmente o novo Estado que se instaurava, preferimos dizer que o texto de 1967 foi **outorgado** unilateralmente (apesar de formalmente votado, aprovado e “promulgado”) pelo regime ditatorial militar implantado. (LENZA, 2011, p. 115).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 regulou o judiciário nos seguintes termos:

Art 107 - O Poder Judiciário da União é exercido pelos seguintes órgãos:

- I - Supremo Tribunal Federal;
- II - Tribunais Federais de Recursos e Juizes Federais;
- III - Tribunais e Juizes Militares;
- IV - Tribunais e Juizes Eleitorais;
- V - Tribunais e Juizes do Trabalho.

Art 108 - Salvo as restrições expressas nesta Constituição, gozarão os Juizes das garantias seguintes:

- I - vitaliciedade, não podendo perder o cargo senão por sentença judiciária;
- II - inamovibilidade, exceto por motivo de interesse público, na forma do § 2º;
- III - irredutibilidade de vencimentos, sujeitos, entretanto, aos impostos gerais.

§ 1º - A aposentadoria será compulsória aos setenta anos de idade ou por invalidez comprovada, e facultativa após trinta anos de serviço público, em todos esses casos com os vencimentos integrais.

§ 2º - O Tribunal competente poderá, por motivo de interesse público, em escrutínio secreto, pelo voto de dois terços de seus Juizes efetivos, determinar a remoção ou a disponibilidade do Juiz de categoria inferior, assegurando-lhe defesa. Os Tribunais poderão proceder da mesma forma, em relação a seus Juizes.

Art 109 - É vedado ao Juiz, sob pena de perda do cargo judiciário:

- I - exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo um cargo de magistério e nos casos previstos nesta Constituição;
- II - receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, percentagens nos processos sujeitos a seu despacho e julgamento;
- III - exercer atividade político - partidária,

Art 110 - Compete aos Tribunais:

- I - eger seus Presidentes e demais órgãos de direção;
- II - elaborar seus Regimentos internos e organizar os serviços auxiliares, provido-lhes os cargos na forma da lei; propor (art. 59) ao Poder Legislativo a criação ou a extinção de cargos e a fixação dos respectivos vencimentos;
- III - conceder licença e férias, nos termos da lei, aos seus membros e aos Juizes e serventuários que lhes forem imediatamente subordinados.

Art 111 - Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público.

Art 112 - Os pagamentos devidos pela Fazenda federal, estadual ou municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão na ordem de apresentação dos precatórios e

à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos extra-orçamentários abertos para esse fim.

§ 1º - É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento dos seus débitos constantes de precatórios judiciais, apresentados até primeiro de julho.

§ 2º - As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados ao Poder Judiciário, recolhendo-se as importâncias respectivas à repartição competente. Cabe ao Presidente do Tribunal, que proferiu a decisão exequenda determinar o pagamento, segundo as possibilidades do depósito, e autorizar, a requerimento do credor preterido no seu direito de precedência, e depois de ouvido o chefe do Ministério Público, o seqüestro da quantia necessária à satisfação do débito.

SEÇÃO II

Do Supremo Tribunal Federal

~~Art 113 - O Supremo Tribunal Federal, com sede, na Capital da União e jurisdição em todo o território nacional, compõe-se de dezesseis Ministros.~~

~~§ 1º - Os Ministros serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, dentre brasileiros, natos, maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.~~

~~§ 2º - Os Ministros serão, nos crimes de responsabilidade, processados e julgados pelo Senado Federal.~~

Art. 113 - O Supremo Tribunal Federal, com sede na Capital da União e jurisdição em todo o território nacional, compõe-se de 11 (onze) Ministros. (Redação dada pelo Ato Institucional nº 6, de 1969)

§ 1º - Os Ministros serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, dentre brasileiros natos, maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada. (Redação dada pelo Ato Institucional nº 6, de 1969)

§ 2º - Os Ministros serão, nos crimes de responsabilidade, processados e julgados pelo Senado Federal. (Redação dada pelo Ato Institucional nº 6, de 1969)

Art 114 - Compete ao Supremo Tribunal Federal:

I - processar e julgar originariamente:

- a) nos crimes comuns, o Presidente da República, os seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;
- b) nos crimes comuns e de responsabilidade, os Ministros de Estado, ressalvado, o disposto no final do art. 88, os Juizes Federais, os Juizes do Trabalho e os membros dos Tribunais Superiores da União, dos Tribunais Regionais do Trabalho, dos Tribunais de Justiça dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, os Ministros dos Tribunais de Contas, da União, dos Estados e do Distrito Federal, e os Chefes de Missão Diplomática de caráter permanente;
- c) os litígios entre Estados estrangeiros, ou organismos internacionais e a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;
- d) as causas e conflitos entre a União e os Estados, ou Territórios, ou entre uns e outros;
- e) os conflitos de jurisdição entre Juizes ou Tribunais federais de categorias diversas; entre quaisquer Juizes ou Tribunais federais e os dos Estados; entre, os Juizes federais subordinados a Tribunais diferentes; entre Juizes ou Tribunais de Estados diversos, inclusive os do Distrito Federal e Territórios;
- f) os conflitos de atribuições entre autoridade administrativa e judiciária da União ou entre autoridade judiciária de um Estado e a administrativa de outro, ou do Distrito Federal e dos Territórios, ou entre estes e as da União;
- g) a extradição requisitada por Estado estrangeiro e a homologação das sentenças estrangeiras;
- h) o *habeas corpus*, quando o coator ou paciente for Tribunal, funcionário ou autoridade, cujos atos estejam diretamente sujeitos à jurisdição do Supremo Tribunal Federal ou se tratar de crime sujeito à essa mesma jurisdição em única instância, bem como se houver perigo de se consumir a violência antes que outro Juiz ou Tribunal possa conhecer do pedido;
- i) os mandados de segurança contra ato do Presidente da República, das Mesas da Câmara e do Senado, do Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Contas da União;

- j) a declaração de suspensão de direitos políticos, na forma do art. 151;
- l) a representação do Procurador - Geral da República, por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual;
- m) as revisões criminais e as ações rescisórias de seus julgados;
- n) a execução das sentenças, nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atos processuais;

~~II - julgar em recurso ordinário:~~

- ~~a) os mandados de segurança e os *habeas corpus* decididos em única, ou, última instância pelos Tribunais locais ou federais, quando denegatória a decisão;~~
- ~~b) as causas em que forem parte um Estado estrangeiro e pessoa domiciliada ou residente no País;~~
- ~~e) os casos previstos no art. 122, §§ 1º e 2º;~~

~~III - julgar mediante recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros Tribunais ou Juizes, quando a decisão recorrida:~~

- ~~a) contrariar dispositivo desta Constituição ou negar vigência de tratado ou lei federal;~~
- ~~b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;~~
- ~~e) julgar válida lei ou ato de Governo local contestado em face da Constituição ou de lei federal;~~
- ~~d) dar à lei interpretação divergente da que lhe haja dado outro Tribunal ou o próprio Supremo Tribunal Federal.~~

II - julgar, em recurso ordinário: (Redação dada pelo Ato Institucional nº 6, de 1969)

- a) os *habeas corpus* decididos, em única ou última instância, pelos Tribunais locais ou federais, quando denegatória a decisão, não podendo o recurso ser substituído por pedido originário; (Redação dada pelo Ato Institucional nº 6, de 1969)
- b) as causas em que forem partes um Estado estrangeiro e pessoa domiciliada ou residente no País; (Redação dada pelo Ato Institucional nº 6, de 1969)
- c) os casos previstos no art. 122, § 2º; (Redação dada pelo Ato Institucional nº 6, de 1969)

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas, em única ou última instância, por outros Tribunais, quando a decisão recorrida: (Redação dada pelo Ato Institucional nº 6, de 1969)

- a) contrariar dispositivo desta Constituição ou negar vigência a tratado ou lei federal; (Redação dada pelo Ato Institucional nº 6, de 1969)
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; (Redação dada pelo Ato Institucional nº 6, de 1969)
- c) julgar válida lei ou ato do Governo local, contestado em face da Constituição ou de lei federal; (Redação dada pelo Ato Institucional nº 6, de 1969)
- d) dar à lei federal interpretação divergente da que lhe haja dado outro Tribunal ou o próprio Supremo Tribunal Federal. (Redação dada pelo Ato Institucional nº 6, de 1969)

Art 115 - O Supremo Tribunal Federal funcionará em Plenário ou dividido em Turmas.

Parágrafo único - O Regimento Interno estabelecerá:

- a) a competência do plenário além dos casos previstos no art. 114, n.º I, letras *a, b, e, d, i, j e l*, que lhe são privativos;
- b) a composição e a competência das Turmas;
- c) o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou de recurso;
- d) a competência de seu Presidente para conceder *exequatur* a cartas rogatórias de Tribunais estrangeiros. (BRASIL, 1967).

Importante destacar que com base no Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, foram aposentados, em 16 de janeiro de 1969, os ministros do Supremo Tribunal Federal, Hermes Lima, Evandro Lins e Silva e Victor Nunes Leal (autor da clássica obra “Coronelismo, enxada e voto”).

O Ato Institucional nº 6, de 01 de fevereiro de 1969, alterou, significativamente, a Constituição vigente (1967), cabendo apenas destacar o restabelecimento do número ministros do Supremo Tribunal Federal para onze, bem como a vedação expressa de apreciação judicial de todos os atos praticados de acordo com este Ato Institucional, seus Atos Complementares e os respectivos efeitos (nos termos do art. 4º).

A denominada de Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, representou a outorga de uma nova Constituição, devidamente “adequada” aos rigores da ditadura, tal como afirma Pedro Lenza;

Sem dúvida, dado o caráter revolucionário, podemos considerar a EC n. 1/69 como a manifestação de um novo **poder constituinte originário**, outorgando uma nova Carta, que “constitucionalizava” a utilização dos Atos Institucionais. Nos termos de seu art. 182, manteve o rigor do AI-5 e todos os demais atos baixados. O mandato do Presidente foi aumentado para **5 anos**, continuando a eleição a ser **indireta**. (LENZA, 2011, p. 119).

A referida Emenda Constitucional nº 1 não trouxe alterações substanciais na competência do Supremo Tribunal Federal, cuja nomeação de ministros permaneceu prerrogativa do chefe do Executivo federal, referendada pelo Senado, “dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada” (art. 118, parágrafo único).

Sob a égide da Emenda Constitucional nº 1, dever-se destacar o estabelecimento da advocatória, introduzida pela Emenda Constitucional nº 7, de 13 de abril de 1977, que atribuiu ao Supremo Tribunal Federal a possibilidade de chamar a si o exame e a decisão de um processo pendente, submetido à apreciação de qualquer instância judicial:

Art. 119. Compete ao Supremo Tribunal Federal:

I - processar e julgar originariamente; [...] o) as causas processadas perante quaisquer juízos ou Tribunais, cuja avocação deferir a pedido do Procurador-Geral da República, quando decorrer imediato perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou às finanças públicas, para que se suspendam os efeitos de decisão proferida e para que o conhecimento integral da lide lhe seja devolvido; (BRASIL, 1969).

Em levantamento realizado junto ao portal eletrônico do Supremo Tribunal Federal, verificamos que o Pedido de Avocação (PAv) foi muito pouco utilizado (menos de duas dezenas até o advento da Constituição de 1988), a maioria relacionada ao questionamento de cálculos para pagamento de indenizações de natureza cível, trabalhista e precatórios. Em

época de hiperinflação como o final da década de 1970 e década seguinte, não é difícil pressupor que erro nos cálculos era recorrente, daí a necessidade de avocação.

Não consideramos o Pedido de Avocação como manifestação de ativismo judicial por não constarmos participação mais ampla e intensa do Supremo Tribunal Federal, nestes casos, na concretização dos valores e fins constitucionais; tampouco maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Reitere-se, o Pedido de Avocação serviu, basicamente, para correção de cálculos indenizatórios em estrita obediência aos julgados proferidos pelas instâncias inferiores.

Com a restauração da democracia, a Constituição ora vigente, promulgada em 5 de outubro de 1988, realçou expressamente a competência precípua do Supremo Tribunal Federal como guarda da Constituição, dedicando-lhe os seguintes artigos:

Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

~~a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual;~~
a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;

~~e) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente;~~

c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 23, de 1999)

d) o "habeas-corpus", sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o "habeas-data" contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;

e) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território;

f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta;

g) a extradição solicitada por Estado estrangeiro;

~~h) a homologação das sentenças estrangeiras e a concessão do "exequatur" às cartas rogatórias, que podem ser conferidas pelo regimento interno a seu Presidente;~~
(Revogado pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

~~i) o "habeas corpus", quando o coator ou o paciente for tribunal, autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância;~~

i) o ***habeas corpus***, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 22, de 1999)

j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados;

l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;

m) a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais;

n) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados;

o) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal;

p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade;

q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;

r) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

II - julgar, em recurso ordinário:

a) o "habeas-corpus", o mandado de segurança, o "habeas-data" e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão;

b) o crime político;

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição;

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.

d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

~~Parágrafo único. A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.~~

§ 1.º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. (Transformado em § 1º pela Emenda Constitucional nº 3, de 17/03/93)

~~§ 2.º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo. (Incluído em § 1º pela Emenda Constitucional nº 3, de 17/03/93)~~

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004). (BRASIL, 1988).

Em relação ao controle concentrado de constitucionalidade em âmbito federal, a Constituição da República de 1988 ampliou a legitimação para propositura da representação por inconstitucionalidade e extinguiu o monopólio do Procurador-Geral da República, nos termos do art. 103³⁰. Igualmente, consagrou a possibilidade de controle de constitucionalidade das omissões legislativas, seja na forma concentrada, ações diretas de inconstitucionalidade por omissão - ADO - nos termos do art. 103, §2º, seja de modo incidental (controle difuso) via mandado de injunção (será abordado no último capítulo). Atribuiu aos Estados a possibilidade de instituírem representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais contrários à Constituição Estadual, vedando, contudo, a atribuição da legitimação para agir a um único órgão, nos termos do art. 125, § 2º. Foi também criada a arguição de descumprimento de preceito fundamental - ADPF - nos termos do art. 102, §1º (regulamentada pela Lei nº 9.882/99).

3.2 Emenda Constitucional nº 45/2004 e a (re)valorização do Supremo Tribunal Federal

A constituição vigente, promulgada em 05 de outubro de 1988, ampliou a competência do Supremo Tribunal Federal (bem como o leque dos legitimados a exercerem o controle de constitucionalidade concentrado no âmbito da referida corte). Igualmente houve aumento do número de ações julgadas pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário, conforme comprova levantamento realizado pela Assessoria de Gestão Estratégica do Supremo Tribunal Federal³¹:

³⁰ Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; ~~IV - a Mesa de Assembléia Legislativa; V - o Governador de Estado;~~ IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. § 1º - O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal. § 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias. § 3º - Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado. ~~§ 4º - A ação declaratória de constitucionalidade poderá ser proposta pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal, pela Mesa da Câmara dos Deputados ou pelo Procurador-Geral da República. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)~~ (Revogado pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (BRASIL, 1988).

³¹ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual>>. Acesso em: junho 2011.

TABELA 1
Movimento processual nos anos de 1988 a 1999

Movimentação STF	1988	1989	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999
Proc. Protocolados	21.328	14.721	18.564	18.438	27.447	24.377	24.295	27.743	28.134	36.490	52.636	68.369
Proc. Distribuídos	18.674	6.622	16.226	17.567	26.325	23.525	25.868	25.385	23.883	34.289	50.273	54.437
Julgamentos	16.313	17.432	16.449	14.366	18.236	21.737	28.221	34.125	30.829	39.944	51.307	56.307
Acórdãos publicados	4.760	1.886	1.067	1.514	2.482	4.538	7.800	19.507	9.811	14.661	13.954	16.117

Obs: Julgamentos: Engloba decisões monocráticas (despachos) e decisões colegiadas (acórdãos).

Fonte: Portal de Informações Gerenciais do Supremo Tribunal Federal, 2011

TABELA 2
Movimento processual nos anos de 2000 a 2009*

Movimentação STF	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009
Proc. Protocolados	105.307	110.771	160.453	87.186	83.667	95.212	127.535	119.324	100.781	84.369
Proc. Distribuídos	90.839	89.574	87.313	109.965	69.171	79.577	116.216	112.938	66.873	42.729
Julgamentos	86.138	109.692	83.097	107.867	101.690	103.700	110.284	159.522	130.747	121.316
Acórdãos publicados	10.770	11.407	11.685	10.840	10.674	14.173	11.421	22.257	19.377	17.704

***Protocolados: A partir de 17/10/2009 os processos deixaram de ser protocolados e passaram a ser diretamente autuados. Os dados inseridos a partir dessa data são referentes a quantidade de processos autuados.**

Obs: Julgamentos: Engloba decisões monocráticas (despachos) e decisões colegiadas (acórdãos).

Fonte: Portal de Informações Gerenciais do Supremo Tribunal Federal, 2011

TABELA 3
Movimento processual nos anos de 2010 a 2011**

Movimentação STF	2010	2011
Proc. Autuados	71.670	33.570
Proc. Distribuídos	41.014	20.892
Julgamentos	103.869	49.808
Acórdãos publicados	10.814	7.216

**** Dados de 2011 atualizados até 30 de Junho.**

Obs: Julgamentos: Engloba decisões monocráticas (despachos) e decisões colegiadas (acórdãos).

Fonte: Portal de Informações Gerenciais do Supremo Tribunal Federal, 2011

Entretanto, deve-se ressaltar que o setor público (federal, estadual e municipal) representa 51% do total de processos dos 100 maiores litigantes nacionais³², conforme demonstra recente levantamento do Departamento de Pesquisa Judiciárias do Conselho Nacional de Justiça³³. Observa-se na tabela 4 que o setor público federal e os bancos representam 76% do total de processos dos 100 maiores litigantes nacionais, enquanto apenas o setor bancário corresponde a mais da metade do total de processos pertencentes aos 100 maiores litigantes da Justiça Estadual (54%).

³² Excluídos os feitos de natureza criminal, relativos à Justiça Eleitoral, Justiça Militar, Infância e juventude, bem como demais ações patrocinadas pelo Ministério Público.

³³ Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: junho 2011. Referentes a processos ativos em 31/03/2010.

TABELA 4
Listagem dos cinco maiores setores litigantes como percentual do total de processos em relação aos 100 maiores litigantes da Justiça

Rank	Nacional	Federal	Trabalho	Estadual
1	Setor Público Federal 38%	Setor Público Federal 77%	Setor Público Federal 27%	Bancos 54%
2	Bancos 38%	Bancos 19%	Bancos 21%	Setor Público Estadual 14%
3	Setor Público Estadual 8%	Conselhos Profissionais 2%	Indústria 19%	Setor Público Municipal 10%
4	Telefonia 6%	Educação 1%	Telefonia 7%	Telefonia 10%
5	Setor Público Municipal 5%	Serviços 1%	Setor Público Estadual 7%	Setor Público Federal 7%

Fonte: Departamento de Pesquisa Judiciárias/Conselho Nacional de Justiça, 2011.

A fim de tornar o processo mais célere, foram realizadas algumas reformas pontuais no Código de Processo Civil, cabendo apenas destacar as Leis nº 10.444/2002, 11.187/2005, 11.232/2005 e 11.382/2006. As reformas no Código de Processo Penal tiveram o escopo de agilizar a instrução processual e preconizar a prisão como a *ultima ratio* do Estado, destacando-se as Leis nº 10.258/2001, 11.690/2008, 11.719/2008, 11.900/2009 e 12.403/2011. Não obstante as reformas processuais era necessário tornar o processo célere nas instâncias recursais, notadamente no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal.

Em 31 de dezembro de 2004 foi publicada a Emenda Constitucional nº 45³⁴, também denominada de Reforma do Judiciário, que criou importantes mecanismos para tornar o processo judicial mais célere e o Poder Judiciário, mais transparente. A seguir apresentaremos as principais inovações trazidas pela referida emenda. Para tanto, agrupamos as alterações em três grandes categorias: direitos e garantias fundamentais, organização do Poder Judiciário/Ministério Público/Defensoria Pública e alterações processuais.

3.2.1 Direitos e garantias fundamentais

O art. 5º, da Constituição foi acrescido por mais um inciso e dois parágrafos:

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. [...]
 § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem

³⁴ Originária da PEC nº 96/92 apresentada pelo Deputado Hélio Bicudo. No Senado, a PEC recebeu nº 29/2000.

aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.
 § 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão. (BRASIL, 1988).

Referindo-se ao inciso acima transcrito, o professor de Direito Administrativo, José dos Santos Carvalho Filho, destaca:

O novo mandamento, cuja feição é a de direito fundamental, tem por conteúdo o princípio da eficiência no que se refere ao acesso à justiça e estampa inegável reação contra a insatisfação da sociedade pela excessiva demora dos processos, praticamente tornando inócuo o princípio do acesso à justiça para enfrentar lesões ou ameaças a direito (art. 5º, XXXV, CF). Note-se que a nova norma constitucional não se cinge aos processos judiciais, mas também àqueles que tramitam na via administrativa, muitos destes, da mesma forma, objeto de irritante lentidão. Não basta, porém, a inclusão do novo mandamento; urge que outras medidas sejam adotadas, em leis e regulamentos, para que a disposição possa vir a ter densa efetividade. (Carvalho Filho, 2006, p. 23).

Houve também a “constitucionalização” dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, desde que aprovados pelo quórum das emendas constitucionais. Consignou-se a submissão do Brasil à jurisdição do Tribunal Penal Internacional, haja vista ratificação mediante Decreto nº4.388/2002. Assim, findou-se celeuma acerca da possibilidade de entrega de brasileiro nato para julgamento no Tribunal Penal Internacional sem que houvesse ofensa ao inciso LI, do art. 5º, da constituição.³⁵

3.2.2 Organização do Poder Judiciário/Ministério Público/Defensoria Pública

Criação do Conselho Nacional de Justiça como órgão do Poder Judiciário, bem como de ouvidorias para recebimento de reclamações:

Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de quinze membros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e seis anos de idade, com mandato de dois anos, admitida uma recondução, sendo:
 I um Ministro do Supremo Tribunal Federal, indicado pelo respectivo tribunal;
 II um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, indicado pelo respectivo tribunal;
 III um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, indicado pelo respectivo tribunal;

³⁵ LI - nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei; (BRASIL, 1988).

IV um desembargador de Tribunal de Justiça, indicado pelo Supremo Tribunal Federal;

V um juiz estadual, indicado pelo Supremo Tribunal Federal;

VI um juiz de Tribunal Regional Federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça;

VII um juiz federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça;

VIII um juiz de Tribunal Regional do Trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho;

IX um juiz do trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho;

X um membro do Ministério Público da União, indicado pelo Procurador-Geral da República;

XI um membro do Ministério Público estadual, escolhido pelo Procurador-Geral da República dentre os nomes indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual;

XII dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

XIII dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal.

§ 1º O Conselho será presidido pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, que votará em caso de empate, ficando excluído da distribuição de processos naquele tribunal.

§ 2º Os membros do Conselho serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

§ 3º Não efetuadas, no prazo legal, as indicações previstas neste artigo, caberá a escolha ao Supremo Tribunal Federal.

§ 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:

I zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;

II zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União; (destacamos)

III receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa;

IV representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade;

V rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano;

VI elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário;

VII elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa.

§ 5º O Ministro do Superior Tribunal de Justiça exercerá a função de Ministro-Corregedor e ficará excluído da distribuição de processos no Tribunal, competindo-lhe, além das atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura, as seguintes:

I receber as reclamações e denúncias, de qualquer interessado, relativas aos magistrados e aos serviços judiciários;

II exercer funções executivas do Conselho, de inspeção e de correição geral;

III requisitar e designar magistrados, delegando-lhes atribuições, e requisitar servidores de juízos ou tribunais, inclusive nos Estados, Distrito Federal e Territórios.

§ 6º Junto ao Conselho oficialão o Procurador-Geral da República e o Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

§ 7º A União, inclusive no Distrito Federal e nos Territórios, criará ouvidorias de justiça, competentes para receber reclamações e denúncias de qualquer interessado contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, ou contra seus serviços auxiliares, representando diretamente ao Conselho Nacional de Justiça. (BRASIL, 1988).

Previsão de que as custas e emolumentos sejam destinados apenas ao custeio dos serviços do Poder Judiciário (art. 98, § 2º). Disciplina do procedimento de encaminhamento da proposta orçamentária do Poder Judiciário em caso de inércia. Proibição de realização de despesas ou a assunção de obrigações que extrapolem os limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, exceto se previamente autorizadas, mediante a abertura de créditos suplementares ou especiais (art. 99, §§ 3º a 5º). Extinção dos Tribunais de Alçada e incorporação de seus integrantes ao Tribunal de Justiça estadual respectivo (art. 4º, EC nº 45/2004).

Aprovação da nomeação de Ministro do Superior Tribunal de Justiça pelo quórum de maioria absoluta dos membros do Senado Federal (equiparando-se ao quórum de aprovação de Ministro do Supremo Tribunal Federal, conforme art. 104, parágrafo único). Previsão de funcionamento junto ao Superior Tribunal de Justiça da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, cabendo-lhe, dentre outras funções, regulamentar os cursos oficiais para o ingresso e promoção na carreira, bem como o Conselho da Justiça Federal, cabendo-lhe exercer, na forma da lei, a supervisão administrativa e orçamentária da Justiça Federal de primeiro e segundo graus, como órgão central do sistema e com poderes correicionais, cujas decisões terão caráter vinculante (art. 105, parágrafo único).

Estabeleceu-se previsão da justiça itinerante e sua descentralização (art. 107, § 2º; art. 125, § 7º), assim como a autonomia funcional, administrativa e financeira da Defensoria Pública Estadual (art. 134, § 2º).

Ampliação de algumas regras mínimas a serem adotadas na elaboração do Estatuto da Magistratura, destacando-se que o ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica (quarentena de entrada) e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação; aferição do merecimento conforme o desempenho e pelos critérios objetivos de produtividade e presteza no exercício da jurisdição e pela frequência e aproveitamento em

cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento; na apuração de antigüidade, o tribunal somente poderá recusar o juiz mais antigo pelo voto fundamentado de dois terços de seus membros, conforme procedimento próprio, e assegurada ampla defesa; não será promovido o juiz que, injustificadamente, retiver autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho ou decisão; o acesso aos tribunais de segundo grau far-se-á por antigüidade e merecimento, alternadamente, apurados na última ou única entrância; previsão de cursos oficiais de preparação, aperfeiçoamento e promoção de magistrados, constituindo etapa obrigatória do processo de vitaliciamento a participação em curso oficial ou reconhecido por escola nacional de formação e aperfeiçoamento de magistrados; o juiz titular residirá na respectiva comarca, salvo autorização do tribunal; o ato de remoção, disponibilidade e aposentadoria do magistrado, por interesse público, fundar-se-á em decisão por voto da maioria absoluta do respectivo tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça, assegurada ampla defesa; todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros; nos tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores, poderá ser constituído órgão especial, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do tribunal pleno, provendo-se metade das vagas por antigüidade e a outra metade por eleição pelo tribunal pleno; a atividade jurisdicional será ininterrupta, sendo vedado férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau, funcionando, nos dias em que não houver expediente forense normal, juízes em plantão permanente; o número de juízes na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva população; os servidores receberão delegação para a prática de atos de administração e atos de mero expediente sem caráter decisório; a distribuição de processos será imediata, em todos os graus de jurisdição (art. 93).

Além disso, a Emenda Constitucional nº 45/2004 vedou aos juízes receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei e exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo (quarentena de saída) por aposentadoria ou exoneração (art. 95, parágrafo único).

Houve também a previsão de controle do Ministério Público mediante o Conselho Nacional do Ministério Público, bem como ouvidorias para recebimento de reclamações:

Art. 130-A. O Conselho Nacional do Ministério Público compõe-se de quatorze membros nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, para um mandato de dois anos, admitida uma recondução, sendo:

I o Procurador-Geral da República, que o preside;

II quatro membros do Ministério Público da União, assegurada a representação de cada uma de suas carreiras;

III três membros do Ministério Público dos Estados;

IV dois juízes, indicados um pelo Supremo Tribunal Federal e outro pelo Superior Tribunal de Justiça;

V dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VI dois cidadãos de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal.

§ 1º Os membros do Conselho oriundos do Ministério Público serão indicados pelos respectivos Ministérios Públicos, na forma da lei.

§ 2º Compete ao Conselho Nacional do Ministério Público o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, cabendo-lhe:

I zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;

II zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Ministério Público da União e dos Estados, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência dos Tribunais de Contas;

III receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Ministério Público da União ou dos Estados, inclusive contra seus serviços auxiliares, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional da instituição, podendo avocar processos disciplinares em curso, determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa;

IV rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de membros do Ministério Público da União ou dos Estados julgados há menos de um ano;

V elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias sobre a situação do Ministério Público no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar a mensagem prevista no art. 84, XI.

§ 3º O Conselho escolherá, em votação secreta, um Corregedor nacional, dentre os membros do Ministério Público que o integram, vedada a recondução, competindo-lhe, além das atribuições que lhe forem conferidas pela lei, as seguintes:

I receber reclamações e denúncias, de qualquer interessado, relativas aos membros do Ministério Público e dos seus serviços auxiliares;

II exercer funções executivas do Conselho, de inspeção e correição geral;

III requisitar e designar membros do Ministério Público, delegando-lhes atribuições, e requisitar servidores de órgãos do Ministério Público.

§ 4º O Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil oficiará junto ao Conselho.

§ 5º Leis da União e dos Estados criarão ouvidorias do Ministério Público, competentes para receber reclamações e denúncias de qualquer interessado contra membros ou órgãos do Ministério Público, inclusive contra seus serviços auxiliares, representando diretamente ao Conselho Nacional do Ministério Público. (BRASIL, 1988).

Assim como fixado para a magistratura, impôs-se ao Ministério Público disciplina do procedimento de encaminhamento da proposta orçamentária em caso de inércia, além de proibição de realização de despesas ou a assunção de obrigações que extrapolem os limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, exceto se previamente autorizadas, mediante a abertura de créditos suplementares ou especiais (art. 127, §§ 4º a 6º). Vedou-se, expressamente, aos membros do Ministério Público o exercício de atividade político-partidária, sem qualquer exceção; vedação de recebimento, a qualquer título ou pretexto, de auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas (ressalvadas as exceções previstas em lei – art. 128, § 5º, II), além da instituição das quarentenas (LENZA, 2011, p. 637). A de entrada consiste na exigência de três anos de atividade jurídica para o bacharel em direito como requisito de ingresso no Ministério Público (art. art. 129, § 3º). A de saída, na proibição de exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastaram por aposentadoria ou exoneração também pelo prazo de três anos (art. 128, § 6º). Ademais, subsiste a mesma previsão existente para magistratura que exige maioria absoluta para perda da garantia da inamovibilidade (art. 128, § 5º, b).

No âmbito da Justiça do Trabalho destacam-se as seguintes alterações:

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

I as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;³⁶

II as ações que envolvam exercício do direito de greve;

III as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores;

IV os mandados de segurança, habeas corpus e habeas data , quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição³⁷;

³⁶ O Supremo Tribunal Federal, em 27 de janeiro de 2005, concedeu liminar, com efeito *ex tunc*, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.395-6, atribuindo interpretação a este inciso, nos seguintes termos: “Suspendo, *ad referendum*, toda e qualquer interpretação dada a este inciso, na redação dada pela EC/45, que inclua, na competência da justiça do trabalho ... a apreciação ... de causas que ... sejam instauradas entre o Poder Público e seus servidores, a ele vinculados por típica relação de ordem estatutária ou de caráter jurídico-administrativo”. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2268427>>. Acesso em: junho 2011. Em 01 de fevereiro de 2007, o referido tribunal também concedeu liminar, com efeitos *ex tunc*, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.684-0, para atribuir interpretação conforme a constituição a este inciso, declarando que, no âmbito de jurisdição da justiça do trabalho, não entra competência para processar e julgar ações penais. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2366933>>. Acesso em: junho 2011. Não há trânsito em julgado em ambas ações.

³⁷ Em 01 de fevereiro de 2007, o Supremo Tribunal Federal concedeu liminar, com efeitos *ex tunc*, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.684-0, para atribuir interpretação conforme a constituição a este inciso, declarando que, no âmbito de jurisdição da justiça do trabalho, não entra competência para processar e julgar ações penais. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2366933>>. Acesso em: junho 2011. Ação pendente de julgamento.

V os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no art. 102, I, o ;

VI as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho;

VII as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho;

VIII a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a , e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir;

IX outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei³⁸.

§ 1º

§ 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.

§ 3º Em caso de greve em atividade essencial, com possibilidade de lesão do interesse público, o Ministério Público do Trabalho poderá ajuizar dissídio coletivo, competindo à Justiça do Trabalho decidir o conflito.

Art. 115. Os Tribunais Regionais do Trabalho compõem-se de, no mínimo, sete juizes, recrutados, quando possível, na respectiva região, e nomeados pelo Presidente da República dentre brasileiros com mais de trinta e menos de sessenta e cinco anos, sendo:

I um quinto dentre advogados com mais de dez anos de efetiva atividade profissional e membros do Ministério Público do Trabalho com mais de dez anos de efetivo exercício, observado o disposto no art. 94;

II os demais, mediante promoção de juizes do trabalho por antigüidade e merecimento, alternadamente.

§ 1º Os Tribunais Regionais do Trabalho instalarão a justiça itinerante, com a realização de audiências e demais funções de atividade jurisdicional, nos limites territoriais da respectiva jurisdição, servindo-se de equipamentos públicos e comunitários.

§ 2º Os Tribunais Regionais do Trabalho poderão funcionar descentralizadamente, constituindo Câmaras regionais, a fim de assegurar o pleno acesso do jurisdicionado à justiça em todas as fases do processo. (BRASIL, 1988).

3.2.3 Alterações processuais

Dentre as alterações processuais destacam-se a federalização de crimes contra direito humanos, mediante incidente suscitado pelo Procurador-Geral da República perante o Superior Tribunal de Justiça a fim de deslocar a competência para a Justiça Federal (art.109, § 5º). Ampliação da competência da Justiça Militar de propositura de ações judiciais contra atos disciplinares militares (art. 125, §§ 3º a 5º).

Transferência de competência do Supremo Tribunal Federal para o Superior Tribunal de Justiça no tocante à homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias³⁹ (art. 105, I, i).

³⁸ Inciso também questionado pela Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.684-0; concedida liminar nos termos da nota anterior.

Ampliação da competência do Supremo Tribunal Federal para o julgamento de recurso extraordinário quando se julgar válida lei local contestada em face de lei federal (art. 102, III, d). Entretanto, quando se questionar a validade de ato de governo local em face de lei federal, a competência subsistirá ao Superior Tribunal de Justiça (art. 105, III, b). Criação do requisito de repercussão geral⁴⁰ das questões constitucionais discutidas no caso para o conhecimento de recurso extraordinário. Desta forma, delimitou-se a competência do Supremo Tribunal Federal, no julgamento de recursos extraordinários, às questões constitucionais com relevância social, política, econômica ou jurídica, que transcendam os interesses subjetivos da causa (art. 102, § 3º).

No tocante ao controle de constitucionalidade, a Emenda Constitucional nº 45/2004 procurou adequar o controle de constitucionalidade ao entendimento jurisprudencial já pacificado pelo Supremo Tribunal Federal, constitucionalizando o efeito dúplice ou ambivalente da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), assim como o seu efeito vinculante. Ampliaram-se os legitimados para propositura desta ação (ADC) tornando-os idênticos ao daquela (ADI). Fixou-se, expressamente, a legitimação da Câmara Legislativa e do Governador do Distrito Federal para a propositura de ADI e ADC (arts. 102, § 2º; 103, IV e V).

Houve ampliação da hipótese de intervenção federal, dependendo de provimento de representação do Procurador-Geral da República, objetivando prover a execução de lei federal (pressupondo-se que tenha havido sua recusa), cuja competência para julgamento foi deslocada do Superior Tribunal de Justiça para o Supremo Tribunal Federal (arts. 34, VI; 36, III).

Para este trabalho, a alteração mais relevante proporcionada pela Emenda Constitucional nº 45/2004 foi criar a **Súmula Vinculante** do Supremo Tribunal Federal:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à

³⁹ Pedido formal de auxílio para a instrução do processo (citação, notificação, intimação, coleta de prova e atos executórios, etc.), feito pela autoridade judiciária estrangeira. Regulamentada pela Resolução nº 9, de 04/05/2005, do Superior Tribunal de Justiça.

⁴⁰ A repercussão geral foi regulamentada pelos seguintes diplomas legais: 1) Código de Processo Civil, artigos 543-A e 543-B; 2) Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal: artigos 322-A e 328, com a redação da Emenda Regimental nº 21/2007; o artigo 328-A, com a redação da Emenda Regimental nº 23/2008 e da Emenda Regimental nº 27/2008; o artigo 13, com a redação da Emenda Regimental nº 24/2008 e da Emenda Regimental nº 29/2009; o artigo 324, com a redação da Emenda Regimental nº 31/2009; 3) Portaria nº 138/2009 da Presidência do Supremo Tribunal Federal.

administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso. (BRASIL, 1988).

O texto da referida emenda deixou claro que as súmulas do Supremo Tribunal Federal não se transformariam, automaticamente, em súmulas vinculantes, haja vista imposição da regra de confirmação:

Art. 8º As atuais súmulas do Supremo Tribunal Federal somente produzirão efeito vinculante após sua confirmação por dois terços de seus integrantes e publicação na imprensa oficial. (BRASIL, 2004).

Referindo-se à Constituição vigente, notadamente, o controle de constitucionalidade, José Afonso da Silva sintetiza:

O Brasil seguiu o sistema-norte americano, evoluindo para um sistema misto e peculiar que combina o critério de controle difuso por via de defesa com o critério de controle concentrado por via de ação direta de inconstitucionalidade, incorporando também agora timidamente a ação de inconstitucionalidade por omissão... A outra novidade está em ter reduzido a competência do Supremo Tribunal Federal à matéria constitucional. Isso não o converte em Corte Constitucional. Primeiro porque não é o único órgão jurisdicional competente para o exercício da jurisdição constitucional, já que o sistema perdura fundado no critério difuso, que autoriza qualquer tribunal e juiz a conhecer da prejudicial de inconstitucionalidade, por via de exceção. Segundo, porque a forma de recrutamento de seus membros denuncia que continuará a ser um tribunal que examinará a questão constitucional com critério puramente técnico-jurídico, mormente porque, como Tribunal, que ainda será, do recurso extraordinário, o modo de levar a seu conhecimento e julgamento as questões constitucionais nos casos concretos, sua preocupação, como é regra no sistema difuso, será dar primazia à solução do caso e, se possível, sem declarar inconstitucionalidades. (SILVA, 1998, p. 553-554).

3.3 Existe “déficit democrático” no âmbito do Poder Judiciário?

Importante aspecto sempre suscitado no debate da atuação do Poder Judiciário refere-se à legitimidade dos juízes e à suposta existência de “déficit democrático” no exercício da jurisdição. Os questionamentos surgem principalmente quando se julga a inconstitucionalidade de uma lei, quando a Corte Suprema cassa ou impede a realização de um ato do Poder Legislativo⁴¹ ou Executivo. Nessa situação, alega-se que o juiz, não eleito diretamente pelo povo, não contaria com legitimidade para revisar atos daqueles a quem foi conferido poderes pela soberania popular.

O sistema de recrutamento dos juízes, através de provas e títulos ou por nomeação do chefe do Executivo com participação do Poder Legislativo (para tribunais superiores – art. 52, III, a, da Constituição da República de 1988), é objeto de contestação, porque os membros do Poder Judiciário não são eleitos por sufrágio universal. Esses constituem, para muitos, as características que retirariam a legitimidade⁴² democrática do Poder Judiciário.

Ora, a escolha pelo sufrágio universal não é o único fator de legitimidade democrática existente. Há vários aspectos legitimadores da atuação do Poder Judiciário que se referem tanto à forma (competência constitucionalmente atribuída) quanto ao conteúdo da atividade jurisdicional. Questionar a legitimidade da jurisdição porque seus membros não são eleitos pelo povo é um reducionismo que não resiste ao estudo detalhado da Constituição da República e ignora as atribuições institucionais atribuídas ao Poder Judiciário pelo Poder Constituinte Originário.

Marcus Faro de Castro, ao analisar o impacto político do comportamento do Supremo Tribunal Federal, ressalta que a interação entre os Poderes que não é, necessariamente, prejudicial à democracia, pois se configura quando:

[...] os tribunais são chamados a se pronunciar onde o funcionamento do Legislativo e do Executivo se mostram falhos, insuficientes ou insatisfatórios. Sob tais condições, ocorre uma certa aproximação entre Direito e Política e, em vários casos,

⁴¹ Mauro Cappelletti também destaca a semelhança do processo legislativo (criação da norma) e jurisdicional (interpretação da norma), pois “ambos constituem processos de criação do direito” ou “*law-making process*”. (CAPPELLETTI, 1999, p. 27/74).

⁴² Segundo o sociólogo alemão, Niklas Luhmann (1985), o conceito de legitimidade não pode ser caracterizado por uma justificação externa antecipada, nem por uma limitação da variabilidade do sistema político, mas como resultado desse próprio sistema: tanto a monopolização da decisão sobre a utilização da forma física, quanto também a realização de processos são produtos do sistema político, que providencia o decorrer fluente das decisões vinculativas e, assim, sua própria legitimidade.

torna-se difícil distinguir entre um “direito” e um “interesse político”. (CASTRO, 1997, p. 149).

O Supremo Tribunal Federal, na condição de instância máxima do Poder Judiciário brasileiro, exerce (assim como o Poder Executivo e Legislativo), função política, como muito bem ressaltou o constitucionalista Alexandre de Moraes:

[...] toda Corte que exerce jurisdição constitucional não é somente um órgão judiciário comum, mas sim órgão político diretivo das condutas estatais, na medida em que interpreta o significado dos preceitos constitucionais, vinculando todas as condutas dos demais órgãos estatais e como tal deve priorizar os casos de relevante interesse público. (MORAES, 2002, p. 645).

Mauro Cappelletti, ao tratar do mesmo assunto, destaca que o ato de julgar envolve determinadas escolhas do magistrado e, portanto, relaciona-se às várias esferas de responsabilidade (inclusive a política):

Escolha significa discricionariedade, embora não necessariamente arbitrariedade; significa valoração e “balanceamento”; significa ter presentes os resultados práticos e as implicações morais da própria escolha; significa que devem ser empregados não apenas os argumentos da lógica abstrata, ou talvez os decorrentes da análise lingüística puramente formal, mas também e sobretudo aqueles da história e da economia, da política e da ética, da sociologia e da psicologia. E assim o juiz não pode mais se ocultar, tão facilmente, detrás da frágil defesa da concepção do direito como norma preestabelecida, clara e objetiva, na qual pode basear sua decisão de forma “neutra”. É envolvida sua responsabilidade pessoal, moral e política, sempre que haja no direito abertura para escolha diversa. E a experiência ensina que tal abertura sempre ou quase sempre está presente. (CAPPELLETTI, 1999, p. 33).

Ao estudar a Suprema Corte norte-americana, o cientista político Martin Shapiro, professor das renomadas universidades Harvard, Stanford e Berkeley, critica que apenas os Poderes Executivo e Legislativo possam incorporar o paradigma de democracia representativa, haja vista que os representantes eleitos podem se afastar da pretensão dos eleitores:

[...] o que realmente emerge da análise do Congresso e da Presidência não é o simples retrato de organismos democráticos majoritários, que dão voz à vontade popular e são responsáveis perante ela, mas antes a complexa estrutura política na qual grupos variados procuram vantagem, manobrando entre vários centros de poder. O que daí resulta não é necessariamente a enunciação da vontade da maioria [...], e sim, frequentemente, o compromisso entre grupos com interesses conflitantes. (SHAPIRO apud CAPPELLETTI, 1999, p. 95)

Referindo-se ao êxito do sistema constitucional norte-americano, Mauro Cappelletti destaca:

A verdade é que apenas um sistema equilibrado de controles recíprocos pode, sem perigo para a liberdade, fazer coexistir um legislativo *forte* com um executivo *forte* e um judiciário *forte*. Justamente este equilíbrio de forças, de contrapesos e controles recíprocos, constitui o grande segredo do inegável sucesso do sistema constitucional americano. (CAPPELLETTI, 1999, p. 54).

Apesar de todos os sobressaltos da ordem constitucional, pode-se afirmar que a nomeação dos integrantes do órgão de cúpula do Poder Judiciário sempre foi prerrogativa do chefe do Executivo. Igualmente, cabe àquele órgão a conformação institucional dos Poderes do Estado e fica, portanto, demonstrada a atuação política da aludida Corte⁴³. Importante ressaltar que atuação política não significa alinhamento, comprometimento ou controle dos ministros pelo Presidente da República que os nomeou, pois:

O uso da indicação como moeda de troca para apoio político é, na verdade, pouco eficiente, especialmente por não depender mais a manutenção do Ministro no cargo, após a nomeação, do Presidente da República. Além do mais, é preciso destacar a forte vinculação do trabalho jurídico dos Ministros à orientação do texto constitucional, à tradição do pensamento jurídico (expresso na *jurisprudência*, os textos das decisões reiteradas dos julgados, adotadas pelos Tribunais com força de lei), à influência da formação, conhecimentos, pesquisas e trabalhos de seus assessores e, ainda, à dinâmica de decisões colegiadas, isto é, finalizadas por votação entre os Ministros. Ao mesmo tempo, as indicações de Ministros podem obedecer, pura e simplesmente, a uma lógica de promoção ou difusão de uma determinada imagem, pelo Presidente, ao atender a demandas por *representação* de grupos tão grandes e difusos, como negros e mulheres. (ROCHA, 2010, p. 153).

A partir dos ensinamentos de Hans Kelsen, Eduardo Meira Zauli destaca que o exercício da jurisdição constitucional também reveste o Supremo Tribunal Federal de caráter político:

Na medida em que se entende a Constituição como um estatuto que consagra determinadas opções políticas tomadas pelo Soberano, a tarefa de interpretar o texto constitucional reveste-se inexoravelmente de um caráter político. Portanto, o Supremo Tribunal Federal desempenha um papel eminentemente político no exercício da jurisdição constitucional.

⁴³ O professor de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Álvaro Filipe Oxley da Rocha, em criterioso estudo intitulado “O Governo Lula e a indicação de ministros para o Supremo Tribunal Federal” destaca que o Presidente Luiz Inácio Lula da Silva indicou oito Ministros para o Supremo Tribunal Federal. Pela ordem, são eles: Antonio Cezar Peluso, Carlos Alberto Ayres de Freitas Britto, Joaquim Benedito Barbosa Nunes, Eros Roberto Grau, Enrique Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia Antunes Rocha, Carlos Alberto Menezes Direito e José Antonio Dias Toffoli. Menezes Direito faleceu em 01/09/2009 e Eros Grau se aposentou em 02/08/2010. Atualmente estão em exercício sete deles, dentre o total de onze ministros do Supremo Tribunal Federal (ROCHA, 2010, p. 150).

“O caráter político da jurisdição é tanto mais forte quanto mais amplo for o poder discricionário que a legislação, generalizante por sua própria natureza, lhe deve necessariamente ceder. A opinião de que somente a legislação seria política – mas não a “verdadeira” jurisdição – é tão errônea quanto aquela segundo a qual apenas a legislação seria criação produtiva do direito, e a jurisdição, porém, mera aplicação reprodutiva. Trata-se, em essência, de duas variantes de um mesmo erro. Na media em que o legislador autoriza o juiz a avaliar, dentro de certos limites, interesses contrastantes entre si, e decidir conflitos em favor de um ou outro, está lhe conferindo um poder de criação do direito, e portanto, um poder que dá à função judiciária o mesmo caráter “político” que possui – ainda que em maior medida – a legislação. Entre o caráter político da legislação e o da jurisdição há apenas uma diferença quantitativa, não qualitativa.” (KELSEN apud ZAULI, 2010, p. 21-22).

Preciosa contribuição é apresentada por Luiz Werneck Vianna ao propor o conceito de soberania complexa que consiste na combinação de duas formas de representação e duas dimensões de cidadania. A representação política, atrelada à cidadania política, é exercida pelos representantes eleitos segundo os procedimentos democráticos; e a representação funcional atrelada à cidadania social, é exercida pela comunidade de intérpretes, composta inclusive pelos agentes judiciais. Importante destacar que este conceito reconhece uma modalidade de representação soberana e democrática no Poder Judiciário:

[...] cidadania social, é forma de participação na vida pública, alternativa à representação clássica, e adequada à Democracia, nos termos da soberania complexa. [...] se a cidadania política dá as condições ao homem comum de participar dos procedimentos democráticos que levam à produção da lei, a cidadania social lhe dá acesso à procedimentalização na aplicação da lei por meio de múltiplas formas, individuais ou coletivas, de um simples requerimento a uma ação pública, proporcionando uma outra forma de participação na vida pública. (WERNECK VIANNA, 1999, p. 372).

Assim, o Supremo Tribunal Federal, embora não dotado de representação política (tal como proposto por Luiz Werneck Vianna), exerce importante representação funcional e contribui, substancialmente, à cidadania social.

Ademais, a atuação dos Poderes pressupõe participação dos cidadãos, notadamente mediante o exercício do sufrágio e o Poder Judiciário também é permeado pela participação (não a do sufrágio, mas a participação no desenvolvimento do processo jurisdicional), conferindo-lhe a legitimação democrática, tal como preconiza Mauro Cappelletti:

Não há dúvida que é essencialmente democrático o sistema de governo no qual o povo tem o “sentimento de participação”. Mas tal sentimento pode ser facilmente desviado por legisladores e aparelhos burocráticos longínquos e inacessíveis, enquanto, pelo contrário, constitui característica *quoad substantiam*⁴⁴ da jurisdição, como se viu no § 11, desenvolver-se em direta conexão com as partes interessadas,

⁴⁴ Expressão latina que significa pelo fato em si mesmo.

que têm o exclusivo poder de iniciar o processo jurisdicional e determinar o seu conteúdo, cabendo-lhes ainda o fundamental direito de serem ouvidas. Neste sentido, o processo jurisdicional é até o mais participatório de todos os processos da atividade pública. (CAPPELLETTI, 1999, p. 100)⁴⁵.

Não se nega que as instituições políticas no Brasil experimentam déficit no modo de funcionamento (e não déficit democrático), resultante da predominância do Executivo sobre o Legislativo e da pouca permeabilidade da esfera parlamentar à sociedade civil. Assim, parte relevante do exercício da cidadania (e da conformação dos Poderes) ocorre no âmbito do Poder Judiciário através da impugnação de leis, de práticas da administração pública, omissões tanto do Executivo quanto do Legislativo, além do reconhecimento do direito das minorias.

Na esteira desse entendimento, colhe-se a lição de Geraldo Ataliba:

Na democracia, governam as maiorias. Elas fazem as leis, elas escolhem os governantes. Estes são comprometidos com as maiorias que os elegeram e as elas devem agradar. As minorias não têm força. Não fazem leis nem designam agentes públicos, políticos ou administrativos. Sua única proteção está no Judiciário. Este não tem compromisso com a maioria. Não precisa agradá-la, nem cortejá-la. Os membros do Judiciário não são eleitos pelo povo. Não são transitórios, não são periódicos. Sua investidura é vitalícia. Os magistrados não representam a maioria. São a expressão da consciência jurídica nacional. Seu único compromisso é com o direito, com a Constituição e as leis; com os princípios jurídicos encampados pela Constituição, e os por ela repelidos. São dotados de condições objetivas de independência, para serem imparciais; quer dizer: para não serem levados a decidir a favor da parte mais forte, num determinado litígio. (ATALIBA, 1977, p. 190).

Apesar da visão “romântica” do Poder Judiciário ressaltada por Geraldo Ataliba, este Poder permanece comprometido em dar efetividade aos direitos e garantias preconizados pela Constituição e, conseqüentemente, fomentar a cidadania.

Embora os magistrados não sejam investidos no cargo através do voto popular, subsiste a legitimidade democrática no Poder Judiciário, haja vista que este Poder é constitucionalmente responsável pela estabilidade do sistema democrático, limitando o agigantamento dos demais poderes, e também por ser o garantidor da efetividade dos direitos fundamentais. A legitimidade de um Poder de Estado não se vincula apenas à idéia da escolha via escrutínio, mas também decorre de outros elementos, como a função democrática na defesa das minorias (como referido por Ataliba) e a submissão do juiz aos limites previstos no texto constitucional.

Finalmente, deve-se rememorar a sempre atual lição de Mauro Cappelletti:

⁴⁵ Para esclarecimentos acerca da participação (notadamente de minorias) no âmbito do Poder Judiciário vide capítulo anterior.

Parece bem evidente que a noção de democracia não pode ser reduzida a uma simples idéia majoritária. Democracia, como vimos, significa também participação, tolerância e liberdade. Um judiciário razoavelmente independente dos caprichos, talvez momentâneo, da maioria, pode dar uma grande contribuição à democracia; e para isso em muito pode colaborar um judiciário suficientemente ativo, dinâmico e criativo, tanto que seja capaz de assegurar a preservação do sistema de *checks and balances*, em face do crescimento dos poderes políticos, e também controles adequados perante outros centros de poder (não governativos ou quase governativos), tão típicos das nossas sociedades contemporâneas. (CAPPELLETTI, 1999, p. 107).

Assim, demonstrado que o Supremo Tribunal Federal, além de órgão jurisdicional, possui conotação política importante e refutada a idéia de déficit democrático no Poder Judiciário passemos à análise da Súmula Vinculante nº 13 e como esta manifestação de ativismo judicial contribuiu para a judicialização da política.

4 SÚMULA VINCULANTE Nº 13

Neste capítulo pretendemos apresentar a Súmula Vinculante nº 13 como nítida manifestação do ativismo judicial, bem como da judicialização da política. Optamos por dividir este capítulo em três seções: a primeira destinada ao esboço da reforma do Poder Judiciário a partir da Emenda Constitucional nº 45/2004 e da (re)valorização do Supremo Tribunal Federal. Na sessão seguinte apresentaremos os parâmetros estabelecidos pelo art. 37, *caput*, da Constituição de 1988 para a administração pública. Na última sessão, os precedentes da Súmula Vinculante nº 13.

Alertamos que não temos a intenção de apresentar a evolução das súmulas ao longo dos tempos (nem no Brasil, tampouco no direito comparado), mas apenas os aspectos mais relevantes que nos levam a sustentar que a referida súmula vinculante constitui-se em ativismo judicial e judicialização da política.

Antes de adentrarmos no árduo tema devemos apresentar delimitação do termo súmula e suas finalidades. Vários são os significados do vocábulo súmula. A jurista Maria Helena Diniz, elenca onze significados relacionados ao direito processual, autoral, desportivo, além da linguagem comum (DINIZ, 1998, v. 4, p. 463). Para o presente trabalho, súmula consiste no enunciado que resume uma tendência sobre determinada matéria, decidida contínua e reiteradamente por determinado tribunal.

No Brasil, até o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, as súmulas condensavam a interpretação (e conseqüentemente, a jurisprudência) de determinados preceitos jurídicos, sem efeito obrigatório⁴⁶, mas apenas persuasivo, publicado com

⁴⁶ O art. 902, da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT – atribuiu ao Tribunal Superior do Trabalho a faculdade de estabelecer prejudgados, na forma de seu Regimento Interno. Na redação original da CLT, o prejudgado era o pronunciamento prévio da Câmara de Justiça do Trabalho sobre a interpretação de qualquer norma jurídica, a requerimento da Procuradoria da Justiça do Trabalho, se esta reconhecesse que ocorria, ou que poderia ocorrer, divergência de interpretação entre os conselhos regionais do trabalho (correspondentes aos tribunais regionais). Diferentemente da súmula, o prejudgado era de observância obrigatória, pois o § 1º, do art. 902 fixou que, uma vez estabelecido o prejudgado, os tribunais regionais do trabalho, as juntas de conciliação e julgamento e os juízes de direito investidos de jurisdição da Justiça do Trabalho ficavam obrigados a respeitá-lo. A revogação ou reforma do prejudgado ocorria sempre que o pleno do Tribunal Superior do Trabalho se pronunciasse, em tese ou em caso concreto, sobre hipótese do prejudgado e firmasse nova interpretação. Nesse caso, o acórdão que fosse produzido faria remissão expressa à alteração ou revogação do prejudgado. Chamado a decidir sobre a recepção do prejudgado, pela ordem da Constituição de 1946, o Supremo Tribunal Federal, em 12 de maio de 1977, ao julgar a Representação nº 946, de que foi relator o Ministro Xavier de Albuquerque, considerou que a Constituição de 1946 e as que a sucederam não conservaram o prejudgado. Entenderam que a competência de interpretação de lei era do Supremo Tribunal Federal, que detinha competência exclusiva para processar e julgar representação interpretativa de lei (Constituição de 1969, art. 119, I, l).

numeração em repertórios oficiais de determinado tribunal. Assim, a faculdade de expedir súmula não é monopólio do Supremo Tribunal Federal, haja vista que todos os tribunais (estaduais, federais e superiores) podem uniformizar determinada interpretação mediante expedição de súmula.

As súmulas destinam-se a orientar e servir de auxílio para os operadores do direito, como advogados, magistrados, membros do Ministério Público, etc. Afinal, as súmulas, além de propiciarem maior estabilidade à jurisprudência (por condensar a interpretação), também simplificam o julgamento das questões mais frequentes, bastando referir-se às súmulas, pois a fundamentação jurídica estaria nos precedentes que ensejaram sua edição.

O advento da súmula acarretou importantes efeitos processuais, como o poder de negar-se provimento ao agravo destinado à subida de recurso extraordinário; não se conhecer de recurso extraordinário; não se conhecer de embargos de divergência e rejeitar os infringentes, sempre que o pedido do recorrente contrariasse a jurisprudência compreendida em súmula. A decisão é proferida por um só ministro, monocraticamente (admitindo-se a interposição de agravo regimental pela parte interessada).

As súmulas provêm de duas origens distintas: 1) decorrente de jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal; 2) resultante da Uniformização de Jurisprudência (de qualquer tribunal). A primeira tem valor de referência para todos os tribunais e juízos do país. Já a segunda constitui-se em precedente a ser observado pelos julgamentos seguintes dos órgãos fracionários do tribunal. No primeiro caso, o Supremo Tribunal Federal oferece subsídios para que os juízes e os tribunais possam abreviar seus julgamentos e ser pragmáticos nas decisões a serem tomadas (sem afetar a livre persuasão do julgador), uma vez que poderão não acatar a súmula de referência. A súmula de jurisprudência predominante não é impositiva porque o Supremo Tribunal Federal apenas criou método racional de trabalho que evita a inconstância dos julgados e não impõem sua convicção aos demais tribunais. No caso da Uniformização de Jurisprudência, estão em causa o prestígio e a autoridade do tribunal que edita a súmula, uma vez que o propósito é não permitir que as câmaras e turmas variem em suas interpretações a tal ponto que os jurisdicionados estejam inseguros quanto ao tribunal. Por isso, há relação imperativa na observância da jurisprudência do tribunal pelos respectivos órgãos fracionários (cabendo, inclusive, Reclamação em caso de inobservância da súmula).

Existem quatro modalidades de súmulas reconhecidas pelo direito brasileiro:

1) **Súmula persuasiva**: sem caráter vinculante, apenas condensa entendimento pacificado do tribunal acerca de determinada matéria (todos os tribunais a estabelecem). Sua amplitude é processual, pois permite o julgamento monocrático pelo relator nos tribunais, nos termos do Código de Processo Civil:

Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

§ 1º-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso. (BRASIL, 1973).

2) **Súmula impeditiva de recurso**: estabelece mais um requisito de admissibilidade do recurso de apelação, qual seja, a sentença de primeira instância não estar em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal, nos termos do Código de Processo Civil:

Art. 518. Interposta a apelação, o juiz, declarando os efeitos em que a recebe, mandará dar vista ao apelado para responder.

§ 1º O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal. (BRASIL, 1973).

3) **Súmula de repercussão geral**: impede o seguimento de recurso extraordinário (destinado ao Supremo Tribunal Federal) quando ausente a repercussão geral. Introduzido no direito brasileiro pela Emenda Constitucional nº 45/2004, será explicada na seção seguinte deste capítulo.

4) **Súmula vinculante**: também introduzida no direito brasileiro pela Emenda Constitucional nº 45/2004 (vide capítulo anterior, especialmente item 3.2), é restrita ao Supremo Tribunal Federal, impõe que enunciado de súmula vinculante, uma vez editado, produz efeitos de vinculação para os demais órgãos do Poder Judiciário e para a toda administração pública (direta e indireta) e será explicada neste capítulo.

A súmula vinculante foi regulamentada pela Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006:

Art. 1º Esta Lei disciplina a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal e dá outras providências.

Art. 2º O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos

demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma prevista nesta Lei.

§ 1º O enunciado da súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja, entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão.

§ 2º O Procurador-Geral da República, nas propostas que não houver formulado, manifestar-se-á previamente à edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante.

§ 3º A edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula com efeito vinculante dependerão de decisão tomada por 2/3 (dois terços) dos membros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária.

§ 4º No prazo de 10 (dez) dias após a sessão em que editar, rever ou cancelar enunciado de súmula com efeito vinculante, o Supremo Tribunal Federal fará publicar, em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União, o enunciado respectivo.

Art. 3º São legitimados a propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante:

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - o Procurador-Geral da República;

V - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VI - o Defensor Público-Geral da União;

VII - partido político com representação no Congresso Nacional;

VIII - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional;

IX - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

X - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

XI - os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares.

§ 1º O Município poderá propor, incidentalmente ao curso de processo em que seja parte, a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante, o que não autoriza a suspensão do processo.

§ 2º No procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado da súmula vinculante, o relator poderá admitir, por decisão irrecorrível, a manifestação de terceiros na questão, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Art. 4º A súmula com efeito vinculante tem eficácia imediata, mas o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, poderá restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público.

Art. 5º Revogada ou modificada a lei em que se fundou a edição de enunciado de súmula vinculante, o Supremo Tribunal Federal, de ofício ou por provocação, procederá à sua revisão ou cancelamento, conforme o caso.

Art. 6º A proposta de edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante não autoriza a suspensão dos processos em que se discuta a mesma questão.

Art. 7º Da decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação.

§ 1º Contra omissão ou ato da administração pública, o uso da reclamação só será admitido após esgotamento das vias administrativas.

§ 2º Ao julgar procedente a reclamação, o Supremo Tribunal Federal anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial impugnada, determinando que outra seja proferida com ou sem aplicação da súmula, conforme o caso.

Art. 8º O art. 56 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, passa a vigorar acrescido do seguinte § 3º:

“Art. 56.

§ 3º Se o recorrente alegar que a decisão administrativa contrária enunciado da súmula vinculante, caberá à autoridade prolatora da decisão impugnada, se não a reconsiderar, explicitar, antes de encaminhar o recurso à autoridade superior, as razões da aplicabilidade ou inaplicabilidade da súmula, conforme o caso.” (NR)

Art. 9º A Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 64-A e 64-B:

“Art. 64-A. Se o recorrente alegar violação de enunciado da súmula vinculante, o órgão competente para decidir o recurso explicitará as razões da aplicabilidade ou inaplicabilidade da súmula, conforme o caso.”

“Art. 64-B. Acolhida pelo Supremo Tribunal Federal a reclamação fundada em violação de enunciado da súmula vinculante, dar-se-á ciência à autoridade prolatora e ao órgão competente para o julgamento do recurso, que deverão adequar as futuras decisões administrativas em casos semelhantes, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal.”

Art. 10. O procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula com efeito vinculante obedecerá, subsidiariamente, ao disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Art. 11. Esta Lei entra em vigor 3 (três) meses após a sua publicação. (BRASIL, 2006).

A partir da leitura dos dispositivos acima transcritos percebe-se que a expedição de súmula vinculante está condicionada a pressupostos formais e materiais, bem como deve versar, obrigatoriamente, sobre matéria constitucional. Os pressupostos formais são atuação de ofício ou por provocação de entidades, órgãos e autoridades competentes (elencadas no art. 3º, da Lei nº 11.417/2006) e voto favorável de dois terços dos membros do tribunal (art. 4º, da Lei nº 11.417/2006). Os pressupostos materiais são reiteração de decisões sobre matéria constitucional e existência de controvérsia atual entre os órgãos judiciários ou entre estes e órgãos da administração pública, nos termos do art. 103-A, § 1º, da Constituição da República.

Desta forma, as súmulas vinculantes devem versar sobre a constitucionalidade de lei ou ato normativo de qualquer das entidades federadas, interpretação de dispositivo legal (ou de ato normativo) em face da Constituição da República ou de dispositivo da própria Constituição, vigência de lei ou ato normativo diante da Constituição ou a eficácia de dispositivo constitucional.

A instituição das súmulas vinculantes teve por objetivos principais a eliminação de grave insegurança jurídica decorrente das controvérsias entre órgãos judiciários ou entre estes e a administração pública, além da redução da sobrecarga de trabalho do Supremo Tribunal Federal em razão do crescimento de processos sobre questão idêntica. Com isso, tentou-se combater a grave e notória morosidade da justiça.

Referindo-se à instituição de súmulas vinculantes, Elival da Silva Ramos, ressalta aspectos positivos e negativos:

Não há como negar os ganhos proporcionados pelas súmulas vinculantes em termos de uniformização jurisprudencial, muito embora não se elimine a disfunção de nosso sistema de controle de constitucionalidade, que continua a combinar difusão e incidentalidade, não impedindo, pois, que juízes e tribunais continuem “a decidir de modo contraditório acerca da constitucionalidade de leis e atos normativos e decidir, por vezes, em caráter definitivo (salvo propositura de ação rescisória, se cabível)”. De igual modo, provocarão as súmulas uma significativa redução na sobrecarga de trabalho do STF, não obstante os resultados iniciais possam vir a ser bastante atenuados no futuro, em virtude do aumento exponencial no número de reclamações dirigidas ao Pretório Excelso. (RAMOS, 2010, p. 298).

Importante ressaltar que para esse autor as súmulas vinculantes trazem dois efeitos colaterais demasiadamente perversos:

Em primeiro lugar, o enrijecimento exacerbado da interpretação em matéria constitucional, porquanto, muito embora não vincule o Poder Legislativo, que poderá continuar editando leis conflitantes com o entendimento sumulado, “uma vez aplicado o ato legislativo contrário à súmula – pela edição de ato administrativo ou pela prolação de decisão judicial – estará aberta a via da reclamação”. Isso sem considerar os efeitos deletérios da vinculação do próprio Supremo Tribunal Federal à interpretação sumulada, a despeito de se haver pretendido excluí-lo, em consonância com a dicção do *caput* do artigo 103-A da Constituição. Em segundo lugar, menciono precisamente o fato de vir a se converter a atribuição do STF *sub examine* em elemento impulsionador do ativismo judicial, porquanto se observa aqui uma aproximação excessiva (e, a meu juízo, desnecessária) da atividade legiferante, a qual, embora compatível com o princípio da separação dos Poderes, uma vez contemplada em nível constitucional, se prestará a ir, lenta e progressivamente, solapando-lhes as bases. (RAMOS, 2010, p. 300).

A crítica ao enrijecimento da interpretação constitucional proporcionada pela súmula vinculante também é compartilhada por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, por cristalizar a “posição jurisprudencial, dificultando a sua adaptação a novos tempos, ou sua mudança em decorrência de novos argumentos.” (FERREIRA FILHO, 2008, p. 384).

Os críticos da súmula vinculante aduzem que ela constitui um sucedâneo da atribuição de eficácia *erga omnes* às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal na via incidental de fiscalização. Assim, o Supremo Tribunal Federal assume “função paralegislativa” (FERREIRA FILHO, 2008, p. 268) na medida em que a súmula vinculante apresenta-se antes como um ato de criação de normas do que de aplicação normativa muito mais pela liberdade de escolha que se reconhece à referida corte de editá-la. Importante ressaltar que a vinculação das súmulas (vinculantes) repercute somente no Poder Executivo e aos demais órgãos do Poder Judiciário, não atingindo o Poder Legislativo, sob pena de se

configurar o “inconcebível fenômeno da fossilização da Constituição”, conforme anotado pelo Ministro Cezar Peluso na análise dos efeitos de Ação Direta de Inconstitucionalidade (Reclamação 2617⁴⁷). Nem mesmo em relação ao próprio Supremo Tribunal Federal, sob pena de se inviabilizar a revisão ou cancelamento de súmula vinculante.

Em contraposição aos críticos da súmula vinculante deve-se rememorar a lição de Mauro Cappelletti que compreende que não existe clara oposição entre interpretação e criação do direito, razão pela qual se torna manifesto o caráter criativo da atividade judiciária:

[...] em alguma medida, toda interpretação é criativa, e que sempre se mostra inevitável um mínimo de discricionariedade na atividade jurisdicional. Mas, obviamente, nessas novas áreas abertas à atividade dos juizes haverá, em regra, espaço para mais elevado grau de discricionariedade e, assim, de criatividade, pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciais. Esta é, portanto, poderosa causa da acentuação que, em nossa época, teve o ativismo, o dinamismo e, enfim, a criatividade dos juizes. (CAPPELLETTI, 1999, p. 42).

Referindo-se à atuação do Supremo Tribunal Federal após a Emenda Constitucional nº 45/2004, Vanice Regina Lírio do Valle, atesta:

Em decorrência das alterações introduzidas pela Emenda Constitucional 45/04 e pela própria mudança da composição do Supremo Tribunal Federal a partir de 2003, é possível perceber uma espécie de ativismo judicial, eminentemente formal e preocupado com a redefinição das competências do próprio STF, como um processo autônomo por parte de nossa jurisdição constitucional. Essa redefinição institucional, operada com auxílio da noção de mutação constitucional [...] é norteadada sobretudo pelos ideais de concentração e de vinculação das decisões do Supremo Tribunal Federal. (VALLE, 2009, p. 37).

Percebe-se que a além de implementar substancial reforma no Poder Judiciário municiou o Supremo Tribunal Federal de instrumentos relevantes de forma a valorizar (e, em alguns casos, vincular) suas decisões, além de combater a morosidade judicial.

⁴⁷ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl%24%2ESCLA%2E+E+2617%2ENUME%2E%29+OU+%28Rcl%2EACMS%2E+ADJ2+2617%2EACMS%2E%29&b ase=baseAcordaos>>. Acesso em: junho de 2011.

4.1 Parâmetros estabelecidos pelo art. 37, *caput*, da Constituição da República de 1988

A Súmula Vinculante nº 13⁴⁸ consagra:

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica, investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança, ou, ainda, de função gratificada na Administração Pública direta e indireta, em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal. (BRASIL, 2008).

O Supremo Tribunal Federal⁴⁹, ao editar a referida súmula, apontou que sua fundamentação legal está inserta no *caput* do art. 37 (e reafirmou a competência do Conselho Nacional de Justiça), da Constituição da República de 1988:

A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte [...] (BRASIL, 1988).

Os princípios da administração pública consagrados no texto constitucional não são apenas aqueles acima transcritos, pois existem outros princípios dispersos pelo texto constitucional (explícita e implicitamente) e em leis esparsas. A interpretação de tais princípios não é prerrogativa do administrador público, haja vista que a própria constituição, ao adotar o sistema de jurisdição una, atribuiu ao Poder Judiciário o monopólio da função jurisdicional, ou seja, o poder de apreciar (com força de coisa julgada) a lesão ou ameaça de lesão a direitos individuais e coletivos. Consagra a Constituição da República de 1988:

Art. 5º – Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; [...] LXXIII – qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência; (BRASIL, 1988).

⁴⁸ Publicada no DJe nº 162, de 29/8/2008, p. 1 / DOU, de 29/8/2008, p. 1. / Precedentes: ADI 1521 MC; MS 23780; ADC 12; RE 579951, que serão analisados na seção seguinte.

⁴⁹ Vide debates que integram a Ata da 28ª Sessão Extraordinária, do Plenário, realizada em 21/08/2008 e publicada no DJe nº 214/2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/DJE_11.11.2008.pdf>. Acesso em: maio de 2011.

Assim, qualquer que seja o autor da lesão, mesmo o poder público, poderá o prejudicado pleitear o controle judicial dos atos da administração pública (sejam gerais ou individuais, unilaterais ou bilaterais, vinculados ou discricionários⁵⁰), mas sempre sob o aspecto da legalidade e moralidade.

Apresentaremos a seguir sucinta digressão acerca dos princípios elencados no art. 37, *caput*, da Constituição da República de 1988, como forma de facilitar a compreensão do fundamento legal da Súmula Vinculante nº 13.

4.1.1 Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade é certamente a diretriz básica da conduta dos agentes da administração pública. Significa que toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei. Não o sendo, a atividade é ilícita.

Segundo conceituação do jurista Hely Lopes Meirelles, o administrador está sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e dele não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso:

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa “pode fazer assim”; para o administrador público significa “deve fazer assim”. (MEIRELLES, 1999, p. 82).

Essa mesma idéia já estava explícita na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão⁵¹, de 1789, segundo a qual a liberdade consiste em fazer tudo aquilo que não prejudica a outrem; assim, o exercício dos direitos de cada indivíduo não tem outros limites

⁵⁰ Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a apreciação judicial dos atos discricionários não pode invadir os aspectos reservados à apreciação subjetiva da administração pública, conhecidos sob a denominação de “mérito administrativo”, juízo de oportunidade e conveniência (DI PIETRO, 1999, p. 593). Germana de Oliveira Moraes defende que à luz da moderna compreensão do direito, todo e qualquer ato administrativo, inclusive o discricionário, é suscetível de revisão judicial, por meio do qual o Poder Judiciário examinará a compatibilidade de seu conteúdo com os princípios gerais de direito (MORAES, 1999, p. 193).

⁵¹ Artigo 4º- A liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela Lei. Artigo 5º- A Lei não proíbe senão as ações prejudiciais à sociedade. Tudo aquilo que não pode ser impedido, e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene.

senão assegurar aos demais membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos (tais limites somente podem ser estabelecidos em lei).

No direito brasileiro, esse postulado, além de referido no artigo 37, está contido no artigo 5º, inciso II, da Constituição da República que, repetindo preceito de constituições anteriores, estabelece que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

A observância do referido preceito constitucional é garantida por meio de outro direito assegurado pelo mesmo artigo, em seu inciso XXXV (transcrito alhures), em decorrência do qual a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão, ainda que a mesma decorra de ato da administração. E a Constituição ainda prevê outros remédios específicos contra a ilegalidade da administração pública e seus agentes, como a ação popular, o *habeas corpus*, o *habeas data*, o mandado de segurança e o mandado de injunção (vide capítulo seguinte); tudo isto sem falar no controle pelo Legislativo, diretamente ou com auxílio do Tribunal de Contas, e no controle pela própria administração.

Importante ressaltar que o princípio da legalidade pode ser mitigado em hipóteses excepcionálissimas, tal como assevera Celso Antônio Bandeira de Mello:

A integral vigência do princípio da legalidade pode sofrer transitória constrição perante circunstâncias excepcionais previstas na Lei Maior. Isto sucede em hipóteses nas quais a Constituição faculta ao Presidente da República que adote providências incomuns e proceda na conformidade delas para enfrentar contingências anômalas, excepcionais, exigentes de atuação sumamente expedita, ou eventos gravíssimos que requerem atuação particularmente enérgica. É o caso tão-só das “medidas provisórias” (previstas no art. 62 e parágrafo único), da decretação do “estado de defesa” (regulado no art. 136) e do “estado de sítio” (disciplinado nos arts. 137 a 139). (MELLO, 2000, p. 76-77).

4.1.2 Princípio da Impessoalidade

Este princípio possui tripla acepção: contém uma vedação de distinguir interesses onde a lei não houver feito distinção; proíbe a administração pública de perseguir interesses próprios, desvinculados de interesses públicos, como tal definidos em lei (ênfatizando a ficção jurídica da personalização do Estado que não deve atuar em seu exclusivo benefício, mas no da sociedade); a administração pública não pode dar precedência a interesses que porventura

tenha enquanto pessoa administrativa sobre quaisquer interesses finalísticos que lhe sejam cometidos.

Assim, as três vertentes confluem para definir a correta atuação do Estado, enquanto administrador, relativamente à sua finalidade, despidido de qualquer inclinação, tendência ou simpatia pessoal. Como ressaltado por José dos Santos Carvalho Filho:

O princípio objetiva a igualdade de tratamento que a Administração deve dispensar aos administrados que se encontrem em idêntica situação jurídica. Nesse ponto, representa uma faceta do princípio da **isonomia**. Por outro lado, para que haja verdadeira impessoalidade, deve a Administração voltar-se exclusivamente para o interesse público, e não para o privado, vedando-se, em consequência, sejam favorecidos alguns indivíduos em detrimento de outros e prejudicados alguns para favorecimento de outros. Aqui reflete a aplicação do **princípio da finalidade**, sempre estampado na obra dos tratadistas sobre a matéria, segundo o qual o alvo a ser alcançado pela Administração é somente o interesse público, e não se alcança o interesse público se for perseguido o interesse particular, porquanto haverá nesse caso sempre uma atuação discriminatória. (CARVALHO FILHO, 2006, p. 17).

Este princípio completa a noção de que o administrador é um executor do ato, que serve de veículo de manifestação da vontade estatal, e, portanto, as realizações administrativo-governamentais não são do agente político, mas sim da entidade pública em nome da qual atuou. A Constituição da República de 1988 dá uma consequência expressa a essa regra, quando, no § 1º do art. 37, proíbe que constem nome, símbolo ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos em publicidade de atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos.

A impessoalidade terá sempre um objetivo certo e inafastável de qualquer ato administrativo: o interesse público. Todo ato que se apartar desse objetivo sujeitar-se-á a invalidação por desvio de finalidade, que a lei que trata da ação popular conceituou como o fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência do agente (Lei nº 4.717/65, art. 2º, parágrafo único, alínea “e”).

O princípio da impessoalidade veda qualquer conduta do poder público que se afaste do interesse público ou conveniência para a administração pública, visando unicamente a satisfazer interesses privados, por favoritismo ou perseguição dos agentes governamentais, sob a forma de desvio de finalidade. Esse desvio de conduta dos agentes públicos constitui uma das mais insidiosas modalidades de abuso de poder.

4.1.3 Princípio da Moralidade

A Constituição da República de 1988, em quatro dispositivos, deu relevância à moralidade como princípio norteador da administração pública: no art. 37, *caput*, ao elencá-la entre os princípios expressos a ela dirigidos; no art. 5º, LXXIII, ao mencioná-la como condição de validade do ato de Poder Público; no art. 85, V, ao referir-se à probidade na administração, como valor jurídico inviolável pelo Presidente da República e, finalmente, no art. 37, § 4º, ao cominar com a suspensão dos direitos políticos, com a perda da função pública, com a disponibilidade dos bens e com o ressarcimento ao erário, sem prejuízo da ação penal cabível, os atos de improbidade administrativa.

A moralidade tem a função de limitar a atividade da administração pública. Ela impõe que os agentes públicos atendam a uma dupla necessidade: a de justiça para os cidadãos e de eficiência para a própria administração. Além disso, a moralidade pode ser considerada meio de obediência a determinados princípios que conduzam à valorização da dignidade humana, ao respeito à cidadania e à construção de uma sociedade justa e solidária (além dos demais fundamentos elencados no art. 1º, da Constituição da República de 1988), razão pela qual sua observância constitui direito subjetivo do administrado/cidadão.

Moralidade administrativa e moral comum não se confundem. A primeira é composta por regras de boa administração, ou seja, pelo conjunto das regras finais e disciplinares suscitadas, não só pela distinção entre o bem e o mal, mas também pela idéia geral de administração e pela idéia de função administrativa. Ao contrário da moralidade comum, implica necessidade de que os atos externos e públicos dos agentes detentores de poder e de atribuições sejam praticados de acordo com as exigências da moral e dos bons costumes, visando a uma boa administração. Já a moralidade comum baseia-se em um conjunto sistemático de normas que orientam o homem para a realização de seu fim. O caráter de generalidade posto na moralidade comum é o traço marcante diferenciador da moralidade administrativa.

Antes da Constituição da República de 1988 predominava a tese que compreendia a moralidade ligada ao próprio conceito de legalidade, daí a dificuldade de anular atos imorais, porém não manifestamente ilegais. Para anular um ato imoral, era necessário demonstrar que esse ato também era ilegal. Após a carta de 1988 passou-se a ter a possibilidade de anular ato legal, porém imoral, tendo em vista a autonomia deste princípio.

Antoine Garapon (1999, p. 35) destaca o controle da moralidade política pelo Judiciário; para ele, a moralidade tornou-se um dos elementos que explicam a falta de confiabilidade nas instituições políticas e o aumento da procura por soluções judiciais.

O ex-ministro do Superior Tribunal de Justiça, José Augusto Delgado, de forma bastante didática, apresenta os aspectos da moralidade administrativa:

- a) A administração pública não está somente sujeita à lei. O seu atuar encontra-se subordinado aos motivos e aos modos de agir, pelo que inexistente liberdade de agir.
- b) O princípio da moralidade administrativa não deve acolher posicionamentos doutrinários que limitem a sua extensão.
- c) O fato de o administrador usar de suas atribuições para fins diversos daqueles conferidos por lei, implica uma violação direta ao princípio da moralidade.
- d) Moralidade administrativa, como a moralidade comum é imanente ao direito por não exprimir-lhe mais que a própria validade da norma. Ela é parte íntima do direito positivo, que a tem como pressuposto fundamental. A sua violação implica tornar inválido e censurável o ato praticado com apoio na norma, mesmo que não exista qualquer dispositivo regrado expresso dizendo a respeito.
- e) A obediência ao princípio da moralidade administrativa impõe ao agente público que revista todos os seus atos das características de boa fé, veracidade, dignidade, sinceridade, respeito, ausência de emulação, de fraude e de dolo. São qualidades que devem aparecer, de modo explícito, em todos os atos administrativos praticados, sob pena de serem considerados viciados e sujeitos aos efeitos da nulidade. (DELGADO, 1993, p. 217).

O cidadão pode utilizar dos vários tipos de ações previstos na legislação ordinária, para impugnar eventuais atos danosos da administração pública; pode propor ações de indenização, possessórias, reivindicatórias, de consignação em pagamento, cautelar, etc. Mas a Constituição da República de 1988 prevê ações específicas de controle da administração pública, às quais a doutrina se refere com a denominação de remédios constitucionais (habeas corpus, habeas data, mandado de segurança individual, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, ação popular⁵², ação civil pública⁵³ e o direito de petição).

⁵² A ação popular está contemplada no art. 5º, LXXIII, da vigente Constituição. Anteriormente só direcionada à tutela do patrimônio público econômico, passou a tutelar, mais especificamente, outros bens jurídicos de inegável destaque social, como o meio ambiente, o patrimônio histórico e cultural e a moralidade administrativa. Pela ação popular, regulamentada pela Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, qualquer cidadão pode deduzir a pretensão de anular atos do Poder Público contaminados de imoralidade administrativa.

⁵³ A ação civil pública, prevista no art. 129, III, da Constituição vigente, como uma das funções institucionais do Ministério Público, e regulamentada pela Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, está inserida não somente no conceito de patrimônio social como também dentre os interesses difusos, ambos referidos naquele dispositivo constitucional. Quando a imoralidade consiste em atos de improbidade, que, como regra, causam prejuízo ao erário, o diploma regulador é a Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992, que prevê as hipóteses configuradoras de falta de probidade na administração, bem como estabelece as sanções aplicáveis a agentes públicos e a terceiros, quando responsáveis por esse tipo de conduta. Ao mesmo tempo, contempla os instrumentos processuais adequados à proteção dos cofres públicos, admitindo, entre outras, ações de natureza cautelar de seqüestro e arresto de bens e o bloqueio de contas bancárias e aplicações financeiras, sem contar, logicamente, a ação principal de perdimento de bens, ajuizada pelo Ministério Público ou pela pessoa de direito público interessada na reconstituição do patrimônio lesado.

4.1.4 Princípio da Publicidade

Em regra, todo ato da administração pública deve ser publicado, só se admitindo sigilo nos casos de segurança nacional, investigações policiais ou interesse superior da administração a ser preservado em processo previamente declarado sigiloso nos termos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991, e pelo Decreto nº 4.553, de 27 de dezembro de 2002.

A publicação dos atos administrativos tornou-se obrigatória no Brasil republicano desde o Decreto nº 572, de 12 de julho de 1890:

O Marechal Manoel Deodoro da Fonseca, Chefe do Governo Provisorio da Republica dos Estados Unidos do Brazil, constituido pelo Exercito e Armada, em nome da Nação, tendo ouvido o Ministro e Secretario de Estado dos Negocios da Justiça sobre a necessidade urgente de determinar o momento em que começa a obrigatoriedade das leis e decretos com força de lei, que não o fixarem, e considerando: *(sic)*

Que o extinto imperio não dirimiu as duvidas sobre a legislação applicavel, mandando observar ora a lei de 25 de janeiro de 1749, ora a Ord. do L. 1º Tit. 2º § 10 (ordem do Thesouro n. 401 de 14 de novembro de 1867 e aviso do Ministerio da Justiça n. 400 de 31 de outubro de 1873); *(sic)*

Que a deficiencia de meios de rapida comunicação em territorio tão vasto, qual o do Brazil, ainda não permite em muitos casos fixar o prazo unico para execução da lei no mesmo dia em todos os logares, sem excessivamente protrahil-a com prejuizo dos beneficios que della se esperam, ou precipital-a com violação dos direitos dos cidadãos a terem conhecimento das obrigações impostas antes de ficarem sujeitos á sua sancção; *(sic)*

Que importa á certeza da lei e segurança dos direitos determinar, com atenção ás circumstancias do paiz, o prazo e condições em que as leis se presumem conhecidas e começa a sua obrigatoriedade, quando não expressal-o a lei exequenda; *(sic)*

Decreta:

Art. 1º As leis da União e decretos do Governo Federal com força de lei obrigam em todo o territorio da Republica dos Estados Unidos do Brazil desde o dia que determinarem; e na falta desta determinação: *(sic)*

I. No Districto Federal no terceiro dia depois da inserção no Diario Official. *(sic)*

II. Na comarca da capital de cada Estado no terceiro dia depois da reproducção na sua folha official, ou de annuncio na mesma de terem sido remetidos pelo Correio os exemplares destinados ás autoridades competentes para a sua execução. *(sic)*

III. Em todas as outras comarcas no terceiro dia depois da publicação feita pelo juiz de direito em audiencia, ou, na falta, findo o mesmo prazo do numero anterior, augmentado de tantos dias quantos 30 kilometros mediam entre a capital e a séde da comarca. *(sic)*⁵⁴

O Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro) condicionou a vigência da lei à sua publicação oficial (art. 1º).

⁵⁴ Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/index.jsp>>. Acesso em: junho 2011.

A publicidade consiste na divulgação oficial do ato para conhecimento público e início de seus efeitos externos. Daí porque as leis, atos e contratos administrativos que produzem conseqüências jurídicas fora dos órgãos que os emitem exigem publicidade para adquirirem validade universal, isto é, perante as partes e terceiros.

Nas palavras de Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

A publicidade, no Direito Público, considerada sob outro ângulo, é um direito fundamental do administrado, extensivo às entidades de sua criação, uma vez que sem ela tornar-se-ia impossível o controle de legalidade da ação do Estado, e uma falácia o Estado de Direito. (MOREIRA NETO, 1999, p. 63).

A publicidade, como princípio da administração pública, abrange toda atuação estatal, não só sob o aspecto de divulgação oficial de seus atos como, também, de propiciar conhecimento da conduta interna de seus agentes. Tal publicidade abrange os atos concluídos e em formação, os processos em andamento, os pareceres dos órgãos técnicos e jurídicos, os despachos intermediários e finais, as atas de julgamento das licitações e os contratos com quaisquer interessados, bem como os comprovantes de despesas e as prestações de contas submetidas aos órgãos competentes. Tudo isto é papel ou documento público que pode ser examinado na repartição por qualquer interessado.

O princípio da publicidade pode ser reclamado através de dois instrumentos básicos: o direito de petição, pelo qual os indivíduos podem dirigir-se aos órgãos administrativos para formular qualquer tipo de postulação (art. 5º, XXXIV, a, da Constituição da República de 1988); e as certidões, que, expedidas por tais órgãos, registram a verdade de fatos administrativos, cuja publicidade permite aos administrados a defesa de seus direitos ou o esclarecimento de certas situações (art. 5º, XXXIV, b, da Constituição da República de 1988).

Negado o exercício de tais direitos, ou ainda não veiculada a informação, ou veiculada incorretamente, terá o prejudicado os instrumentos constitucionais para garantir a restauração da legalidade, através do mandado de segurança (art. 5º, LXIX, da Constituição da República de 1988) e do *habeas data* (art. 5º, LXXII, da Constituição da República de 1988). Na verdade, não se deve perder de vista que todas as pessoas têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular ou de interesse coletivo, com as exceções abordadas alhures acerca do sigilo (art. 5º, XXXIII, da Constituição da República de 1988), e o exercício de tal direito, de estatura constitucional, há de pressupor necessariamente a obediência da administração pública ao princípio da publicidade.

Deve-se rememorar a lição de Hely Lopes Meirelles segundo a qual:

A publicação que produz efeitos jurídicos é a do órgão oficial da Administração, e não a divulgação pela imprensa particular, pela televisão ou pelo rádio, ainda que em horário oficial. Por órgão oficial entendem-se não só o Diário Oficial das entidades públicas, como, também, os jornais contratados para essas publicações oficiais. Vale ainda como publicação oficial a afixação dos atos e leis municipais na sede da Prefeitura ou da Câmara, onde não houver órgão oficial, em conformidade com o disposto na Lei Orgânica do Município. (MEIRELLES, 1999, p. 88).

Os atos e contratos administrativos que omitirem ou desatenderem à publicidade necessária não só deixam de produzir seus regulares efeitos como se expõem a invalidação por falta desse requisito de eficácia e moralidade:

[...] ao princípio da publicidade devem submeter-se todas as pessoas administrativas, quer as que constituem as próprias pessoas estatais, quer aquelas outras que, mesmo sendo privadas, integram o quadro da Administração Pública, como é o caso das entidades paraestatais (empresas públicas, sociedade de economia mista e fundações públicas). (CARVALHO FILHO, 2006, p. 21).

Importante ressaltar que a publicidade não poderá caracterizar promoção pessoal do agente público, nos termos do art. 37, § 1º, da Constituição da República vigente.

4.1.5 Princípio da Eficiência

A Emenda Constitucional nº 19/98 acrescentou expressamente aos princípios constitucionais da administração pública o princípio da eficiência, findando com discussões doutrinárias e jurisprudenciais acerca de sua existência implícita na Constituição da República de 1988 e aplicabilidade integral.

O Superior Tribunal de Justiça, antes da promulgação da referida emenda, já reconhecia a existência do princípio da eficiência como um dos regentes da administração, afirmando que:

[...] a Administração Pública é regida por vários princípios: legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade (Const. art. 37). Outros também evidenciam-se na Carta Política. Dentre eles, o princípio da eficiência. A atividade administrativa deve orientar-se para alcançar resultado de interesse público. (RMS 5590/DF, Rel. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, SEXTA TURMA, julgado em 16/04/1996, DJ 10/06/1996, p. 20395)⁵⁵.

⁵⁵ Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199500167760&dt_publicacao=10/06/1996>. Acesso em: junho 2011.

Dessa forma, a sobredita emenda constitucional, seguindo os passos de algumas legislações estrangeiras, no sentido de pretender garantir maior qualidade na atividade pública e na prestação dos serviços públicos, passou a proclamar que a administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, deverá obedecer, além dos tradicionais princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, também ao princípio da eficiência.

A atividade estatal produz de modo direto ou indireto consequências jurídicas que instituem, reciprocamente, direito ou prerrogativas, deveres ou obrigações para a população, traduzindo uma relação jurídica entre a administração e os administrados. Portanto, existirão direitos e obrigações recíprocos entre o Estado e o indivíduo e, conseqüentemente, este, no exercício de seus direitos subjetivos, poderá exigir da administração pública o cumprimento de suas obrigações da forma mais eficiente possível.

Alexandre de Moraes define o princípio da eficiência como:

[...] aquele que impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar-se desperdícios e garantir-se uma maior rentabilidade social. Note-se que não se trata da consagração da tecnocracia, muito pelo contrário, o princípio da eficiência dirige-se para a razão e fim maior do Estado, a prestação dos serviços sociais essenciais à população, visando a adoção de todos os meios legais e morais possíveis para a satisfação do bem comum. (MORAES, 2002, p. 317).

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o princípio da eficiência engloba dois aspectos:

O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao **modo de atuação do agente público**, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao **modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública**, também como o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público. (DI PIETRO, 1999, p. 83).

Além dos aspectos ressaltados pela citada jurista, o princípio da eficiência compõe-se das seguintes características básicas: direcionamento da atividade e dos serviços públicos à efetividade do bem comum, imparcialidade, neutralidade, transparência, participação e aproximação dos serviços públicos da população, eficácia, desburocratização em busca da qualidade. Dessa forma, a atividade administrativa deve ser exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional.

José dos Santos Carvalho Filho tece os seguintes comentários acerca do princípio da eficiência:

Trata-se, na verdade, de dever constitucional da Administração, que não poderá desrespeitá-lo, sob pena de serem responsabilizados os agentes que derem causa à violação. Diga-se, entretanto, que de nada adiantará a menção a tal princípio se não houver uma disciplina precisa e definida sobre os meios de assegurar os direitos dos usuários, a qual, diga-se por oportuno, já há muito deveria ter sido instituída se tivesse sido regulamentado o art. 37, § 3º, da Constituição Federal, que, mesmo antes da alteração introduzida pela mencionada Emenda Constitucional, previa expressamente a edição de lei para regular as reclamações relativas à prestação de serviços públicos. Fora daí, o princípio, tanto quanto tem sido esse último mandamento, tornar-se-á letra morta. [...] O controle judicial, entretanto, sofre limitações e só pode incidir quando se tratar de comprovada ilegalidade. Como tem consagrado a doutrina, **“o Poder Judiciário não pode compelir a tomada de decisão que entende ser de maior grau de eficiência”**, nem invalidar atos administrativos invocando exclusivamente o princípio da eficiência. Note-se que a idéia não pretende excluir inteiramente o controle judicial, mas sim evitar que a atuação dos juízes venha a retratar devida intervenção no círculo de competência constitucional atribuída aos órgãos da Administração. (CARVALHO FILHO, 2006, p. 22-24).

Como assinalado, o princípio da eficiência não pode sobrepor aos demais princípios, especialmente a legalidade. A eficácia que a Constituição exige da administração não deve se confundir com a eficiência das organizações privadas nem é, tampouco, um valor absoluto diante dos demais.

O princípio da legalidade deve ficar resguardado, porque a eficácia que a Constituição propõe é sempre suscetível de ser alcançada conforme o ordenamento jurídico, e em nenhum caso ludibriado este último, que haverá de ser modificado quando sua inadequação às necessidades presentes constitua um obstáculo para a gestão eficaz dos interesses gerais. Porém nunca poderá se justificar a atuação administrativa contrária ao direito, por mais que possa ser elogiado em termos de pura eficiência.

Por outro lado, o princípio da legalidade pressupõe uma plêiade de direitos, valores e garantias constitucionais que a eficácia administrativa não pode desconhecer. A igualdade perante a lei, a liberdade de concorrência, a segurança jurídica e o controle efetivo dos gastos públicos – que são, entre outros, pilares básicos do ordenamento jurídico da administração – condicionam ou limitam, em concreto, o alcance do princípio da eficiência.

4.2 Precedentes da Súmula Vinculante nº13

O tema do nepotismo já inquietava o Supremo Tribunal Federal antes da criação do Conselho Nacional de Justiça. A referida corte aponta quatro precedentes⁵⁶ da Súmula Vinculante nº13: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1521 (apenas Medida Cautelar julgada em 12/03/1997, haja vista que ainda não houve julgamento de mérito na referida ação); Mandado de Segurança nº 23780 (julgado em 28/09/2005); Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12 (Medida Cautelar julgada em 16/02/2006 e julgamento de mérito, 20/08/2008) e Recurso Extraordinário 579951 (julgado em 20/08/2008).

O primeiro precedente apontado foi ementado nos seguintes termos:

CARGOS DE CONFIANÇA - PARENTESCO - NOMEAÇÃO E EXERCÍCIO - PROIBIÇÃO - EMENDA CONSTITUCIONAL - ADI - LIMINAR. A concessão de liminar pressupõe a relevância do pedido formulado e o risco de manter-se com plena eficácia o preceito. Isso não ocorre quando o dispositivo atacado, de índole constitucional, confere ao tema chamado "nepotismo" tratamento uniforme nos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, proibindo o exercício do cargo pelos parentes consangüíneos e afins até o segundo grau, no âmbito de cada Poder, dispondo sobre os procedimentos a serem adotados para cessação das situações existentes. CARGOS - EXTINÇÃO - INICIATIVA - ADI - LIMINAR. Ao primeiro exame, exsurge conflitante com a Carta Política da República, preceito que, embora de índole constitucional, implique extinção de cargos de confiança ocupados à margem das peculiaridades que lhes são próprias. Impõe-se, na espécie, a iniciativa de lei em tal sentido pelo Poder ou Órgão (MP) em que situados. (ADI 1521 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 12/03/1997, DJ 17-03-2000 PP-00002 EMENT VOL-01983-01 PP-00105 RTJ VOL-00173-02 PP-00424)⁵⁷

Nesta ação, o Procurador-Geral da República, a partir de representações que lhe foram apresentadas pelo Presidente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, do Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e do Presidente do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais de Justiça, ajuizou ação direta de inconstitucionalidade visando a fulminar os arts. 1º, 2º, 4º, 5º, 6º e alíneas "a" e "b", do art. 7º, todos da Emenda Constitucional nº 12, de 13 de dezembro de 1995, do Estado do Rio Grande do Sul, redigida nos seguintes termos:

⁵⁶ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/Enunciados_Sumula_Vinculante_STF_1_a_29_31_e_32.pdf>. Acesso em: maio de 2011.

⁵⁷ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347111>>. Acesso em: junho 2011.

Art. 1º - O artigo 20 da Constituição do Estado fica acrescido dos seguintes parágrafos:

“Parágrafo 4º - Os cargos em comissão destinam-se à transmissão das diretrizes políticas para a execução administrativa e ao assessoramento.

Parágrafo 5º - Os cargos em comissão não podem ser ocupados por cônjuges ou companheiros e parentes, consanguíneos, afins ou por adoção, até o segundo grau.

I - do Governador, do Vice-Governador, do Procurador-Geral do Estado, do Defensor Público-Geral do Estado e dos Secretários de Estado, ou titulares de cargos que lhes sejam equiparados, no âmbito da administração direta do Poder Executivo;

II - dos Desembargadores e Juizes de 2º grau, no âmbito do Poder Judiciário;

III - dos Deputados Estaduais, no âmbito da Assembléia Legislativa;

IV - dos Procuradores de Justiça, no âmbito da Procuradoria-Geral de Justiça;

V - dos Conselheiros e Auditores Substitutos de Conselheiros, no âmbito do Tribunal de Contas do Estado;

VI - dos Presidentes, Diretores-Gerais, ou titulares de cargos equivalentes, e dos Vice-Presidentes, ou equivalentes, no âmbito da respectiva autarquia, fundação instituída ou mantida pelo Poder Público, empresa pública ou sociedade de economia mista.”

Art. 2º - O “caput” do artigo 32 da Constituição do Estado passa a ter a seguinte redação:

“Art. 32 - Os cargos em comissão, criados por lei em número e com remuneração certos e com atribuições definidas de direção, chefia ou assessoramento, são de livre nomeação e exoneração, observados os requisitos gerais de provimento em cargos estaduais.” [...]

Art. 4º - Ficam extintos os cargos em comissão que não atendam às disposições do parágrafo 4º do artigo 20 e do artigo 32, “caput”, da Constituição do Estado.

Art. 5º - Ficam extintos os provimentos, com a respectiva exoneração, dos cargos em comissão provido em desacordo com as disposições do parágrafo 5º do artigo 20 da Constituição do Estado.

Art. 6º - O Governador do Estado, o Presidente da Tribunal de Justiça e a Mesa da Assembléia Legislativa, no âmbito dos respectivos Poderes, o Procurador-Geral de Justiça e o Presidente do Tribunal de Contas do Estado, no âmbito das suas respectivas instituições, emitirão os atos administrativos declaratórios de atendimento das disposições dos artigos 4º e 5º desta emenda constitucional, inclusive de extinção de cargos em comissão e de exoneração.

Parágrafo único - O Governador do Estado poderá delegar atribuições para a prática dos atos previstos neste artigo.

Art. 7º - Esta emenda constitucional entra em vigor na data da sua publicação, com as seguintes ressalvas:

a) o artigo 4º entra em vigor cento e oitenta (180) dias após a data de sua publicação;

b) o artigo 5º entra em vigor trinta (30) dias após a data de sua publicação. (RIO GRANDE DO SUL, 1995).

A constitucionalidade dos dispositivos acima transcritos foi impugnada, principalmente, em virtude de ofensa à separação dos Poderes, além da violar a competência reservada ao Ministério Público e Tribunal de Justiça estaduais para criação e extinção de cargos públicos nos seus respectivos âmbitos. Aduziu-se, também, o pressuposto da existência do cargo em comissão, qual seja, o comprometimento fiduciário para o desempenho (ainda que fundado em relação de parentesco) e que a citada emenda não poderia prejudicar os comissionados antes do advento da norma proibitiva.

Aprouve aos ministros do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade: a) indeferir a suspensão cautelar do § 4º, do art. 20 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, com a

redação da Emenda Constitucional nº 12/95; b) indeferir a suspensão cautelar do art. 32, da Constituição do Estado, com a redação que lhe deu a referida emenda; c) deferir a suspensão cautelar no art. 6º, da mesma emenda dos vocábulos "4º e"; d) julgar prejudicado o pedido de medida cautelar com relação às alíneas "a" e "b", da referida emenda.

Por maioria, os ministros do Supremo Tribunal Federal: a) indeferiram a suspensão cautelar do § 5º, do artigo 20; b) indeferiram a suspensão cautelar do art. 5º, da citada emenda constitucional; c) deferiram a suspensão cautelar do art. 4º, da referida emenda.

Embora ainda pendente de julgamento de mérito, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1521, os ministros do Supremo Tribunal Federal, pela primeira vez, afirmaram que o nepotismo precisava ser combatido em todas as esferas de poder, por violar os princípios da administração pública preconizados no art. 37, *caput*, da Constituição da República de 1988.

O segundo precedente da Súmula Vinculante nº 13 foi o Mandado de Segurança nº 23780 (julgado em 28/09/2005), nos seguintes termos:

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. NEPOTISMO. CARGO EM COMISSÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA. Servidora pública da Secretaria de Educação nomeada para cargo em comissão no Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região à época em que o vice-presidente do Tribunal era parente seu. Impossibilidade. A proibição do preenchimento de cargos em comissão por cônjuges e parentes de servidores públicos é medida que homenageia e concretiza o princípio da moralidade administrativa, o qual deve nortear toda a Administração Pública, em qualquer esfera do poder. Mandado de segurança denegado. (MS 23780, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 28/09/2005, DJ 03-03-2006 PP-00071 EMENT VOL-02223-01 PP-00109 RB v. 18, n. 509, 2006, p. 21-22 LEXSTF v. 28, n. 327, 2006, p. 145-152 RT v. 95, n. 848, 2006, p. 145-147 RMP n. 34, 2009, p. 307-312)⁵⁸

Nesta ação, Terezinha de Jesus Cunha Belfort pretendia anular o ato que a exonerou de cargo em comissão (DAS 5, da Secretaria de Coordenação do Programa de Assistência ao Servidor – PRÓ-SOCIAL) e, conseqüentemente, à reintegração ao cargo. Aduziu que, embora servidora pública da Secretaria de Educação do Estado do Maranhão, foi colocada à disposição do Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região e exercia cargos de confiança na aludida corte desde então. Após denúncia ao Tribunal de Contas da União apurou-se que a Terezinha era irmã do Vice-Presidente do Tribunal da 16ª Região.

⁵⁸ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86021>>. Acesso em: junho 2011.

No julgamento, os Ministros do Supremo Tribunal Federal entenderam que a exoneração de Terezinha estava correta e atendia aos ditames da Lei nº 9.421/96⁵⁹:

Art. 10. No âmbito da jurisdição de cada Tribunal ou Juízo é vedada a nomeação ou designação, para os Cargos em Comissão e para as Funções Comissionadas de que trata o art. 9º, de cônjuge, companheiro ou parente até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juízes vinculados, salvo a de servidor ocupante de cargo de provimento efetivo das Carreiras Judiciárias, caso em que a vedação é restrita à nomeação ou designação para servir junto ao Magistrado determinante da incompatibilidade. (BRASIL, 1996).

Além disso, a exoneração atendia aos ditames da Decisão nº 118/94 (publicada em 28/03/1994), do Tribunal de Contas da União que veda a nomeação, para cargos em comissão, de cônjuges ou parentes consanguíneos ou afins, até o terceiro grau, de juízes em atividade ou aposentados há menos de cinco anos, exceto em se tratando de servidor titular de cargo público de provimento efetivo de juízo ou tribunal. Assim, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, denegou a segurança e manteve a exoneração de Terezinha.

O Conselho Nacional de Justiça, tão logo instalado em 14 de junho de 2005, editou resoluções objetivando planejar, coordenar, exercer o controle administrativo e aperfeiçoar o serviço público na prestação da Justiça. Dentre as mais relevantes destaca-se a de nº 7⁶⁰, de 18 de outubro do mesmo ano, que disciplinou o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, no âmbito dos órgãos do Poder Judiciário nos seguintes termos:

O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, no uso de suas atribuições,
 CONSIDERANDO que, nos termos do disposto no art. 103-B, § 4º, II, da Constituição Federal, compete ao Conselho zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei;
 CONSIDERANDO que a Administração Pública encontra-se submetida aos princípios da moralidade e da impessoalidade consagrados no art. 37, *caput*, da Constituição;
 RESOLVE:

⁵⁹ Esta lei foi revogada pela Lei nº 11.416/2006, mas a referida vedação foi mantida, a teor do seguinte artigo “Art. 6º No âmbito da jurisdição de cada tribunal ou juízo é vedada a nomeação ou designação, para os cargos em comissão e funções comissionadas, de cônjuge, companheiro, parente ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros e juízes vinculados, salvo a de ocupante de cargo de provimento efetivo das Carreiras dos Quadros de Pessoal do Poder Judiciário, caso em que a vedação é restrita à nomeação ou designação para servir perante o magistrado determinante da incompatibilidade.”

⁶⁰ O Conselho Nacional de Justiça também editou o Enunciado Administrativo nº 01 que determina a não aplicação do lapso decadencial de cinco anos previsto no art. 95, do Regimento Interno, para os casos de aplicação da Resolução 7, visto que são atos continuados e que violam princípios constitucionais insculpidos no art. 37, da Constituição da República de 1988.

Art. 1º É vedada a prática de nepotismo no âmbito de todos os órgãos do Poder Judiciário, sendo nulos os atos assim caracterizados.

Art. 2º Constituem práticas de nepotismo, dentre outras:

I - o exercício de cargo de provimento em comissão ou de função gratificada, no âmbito da jurisdição de cada Tribunal ou Juízo, por cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juízes vinculados;

II - o exercício, em Tribunais ou Juízos diversos, de cargos de provimento em comissão, ou de funções gratificadas, por cônjuges, companheiros ou parentes em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de dois ou mais magistrados, ou de servidores investidos em cargos de direção ou de assessoramento, em circunstâncias que caracterizem ajuste para burlar a regra do inciso anterior mediante reciprocidade nas nomeações ou designações;

III - o exercício de cargo de provimento em comissão ou de função gratificada, no âmbito da jurisdição de cada Tribunal ou Juízo, por cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de qualquer servidor investido em cargo de direção ou de assessoramento;

IV - a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juízes vinculados, bem como de qualquer servidor investido em cargo de direção ou de assessoramento;

V - a contratação, em casos excepcionais de dispensa ou inexigibilidade de licitação, de pessoa jurídica da qual sejam sócios cônjuge, companheiro ou parente em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juízes vinculados, ou servidor investido em cargo de direção e de assessoramento.

§ 1º Ficam excepcionadas, nas hipóteses dos incisos I, II e III deste artigo, as nomeações ou designações de servidores ocupantes de cargo de provimento efetivo das carreiras judiciárias, admitidos por concurso público, observada a compatibilidade do grau de escolaridade do cargo de origem, ou a compatibilidade da atividade que lhe seja afeta e a complexidade inerente ao cargo em comissão a ser exercido, além da qualificação profissional do servidor, vedada, em qualquer caso, a nomeação ou designação para servir subordinado ao magistrado ou servidor determinante da incompatibilidade. (Redação dada pela Resolução nº 21/2006).

§ 2º A vedação constante do inciso IV deste artigo não se aplica quando a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público houver sido precedida de regular processo seletivo, em cumprimento de preceito legal.

~~Art. 3º São vedadas a contratação e a manutenção de contrato de prestação de serviço com empresa que tenha entre seus empregados cônjuges, companheiros ou parentes em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de ocupantes de cargos de direção e de assessoramento, de membros ou juízes vinculados ao respectivo Tribunal contratante~~

Art. 3º É vedada a manutenção, aditamento ou prorrogação de contrato de prestação de serviços com empresa que venha a contratar empregados que sejam cônjuges, companheiros ou parentes em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, de ocupantes de cargos de direção e de assessoramento, de membros ou juízes vinculados ao respectivo Tribunal contratante, devendo tal condição constar expressamente dos editais de licitação. (Redação dada pela Resolução nº 09/2005).

Art. 4º O nomeado ou designado, antes da posse, declarará por escrito não ter relação familiar ou de parentesco que importe prática vedada na forma do artigo 2º

Art. 5º Os Presidentes dos Tribunais, dentro do prazo de noventa dias, contado da publicação deste ato, promoverão a exoneração dos atuais ocupantes de cargos de provimento em comissão e de funções gratificadas, nas situações previstas no art. 2º, comunicando a este Conselho.

Parágrafo único Os atos de exoneração produzirão efeitos a contar de suas respectivas publicações.

Art. 6º O Conselho Nacional de Justiça, em cento e oitenta dias, com base nas informações colhidas pela Comissão de Estatística, analisará a relação entre cargos

de provimento efetivo e cargos de provimento em comissão, em todos os Tribunais, visando à elaboração de políticas que privilegiem mecanismos de acesso ao serviço público baseados em processos objetivos de aferição de mérito.
Art. 7º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.⁶¹

A partir desta regulamentação, o Conselho Nacional de Justiça passou a exigir o fim do nepotismo no âmbito do Poder Judiciário. Obviamente a legalidade da Resolução nº 7 foi questionada judicialmente por aqueles que tinham interesse na manutenção do nepotismo. Neste contexto, insere-se o terceiro precedente que ensejou a edição da Súmula Vinculante nº 13. Trata-se da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12. A medida cautelar foi julgada em 16/06/2006 e o julgamento de mérito ocorreu em 20/08/2008. Esta ação foi proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, em prol da referida resolução.

Foi deferida habilitação no feito, na condição de *amicus curiae*, as seguintes entidades: Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário e do Ministério Público da União no Distrito Federal - SINDJUS/DF; Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro; Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – ANAMATRA; Federação Nacional dos Trabalhadores do Judiciário Federal e Ministério Público da União – FENAJUFE, além da Associação Nacional dos Magistrados Estaduais – ANAMAGES.

O acórdão referente à medida cautelar foi ementado nos seguintes termos:

EMENTA: AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE, AJUIZADA EM PROL DA RESOLUÇÃO Nº 07, de 18/10/2005, DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. MEDIDA CAUTELAR. Patente a legitimidade da Associação dos Magistrados do Brasil - AMB para propor ação declaratória de constitucionalidade. Primeiro, por se tratar de entidade de classe de âmbito nacional. Segundo, porque evidenciado o estreito vínculo objetivo entre as finalidades institucionais da proponente e o conteúdo do ato normativo por ela defendido (inciso IX do art. 103 da CF, com redação dada pela EC 45/04). Ação declaratória que não merece conhecimento quanto ao art. 3º da resolução, porquanto, em 06/12/05, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 09/05, alterando substancialmente a de nº 07/2005. A Resolução nº 07/05 do CNJ reveste-se dos atributos da generalidade (os dispositivos dela constantes veiculam normas proibitivas de ações administrativas de logo padronizadas), impessoalidade (ausência de indicação nominal ou patronímica de quem quer que seja) e abstratividade (trata-se de um modelo normativo com âmbito temporal de vigência em aberto, pois claramente vocacionado para renovar de forma contínua o liame que prende suas hipóteses de incidência aos respectivos mandamentos). A Resolução nº 07/05 se dota, ainda, de caráter normativo primário, dado que arranca diretamente do § 4º do art. 103-B da Carta-cidadã e tem como finalidade debulhar os próprios conteúdos lógicos dos princípios constitucionais de centrada regência de toda a atividade administrativa do Estado, especialmente o da impessoalidade, o da eficiência, o da igualdade e o da moralidade. O ato normativo que se faz de objeto

⁶¹ Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/resolucoespresidencia/12121-resolu-no-7-de-18-de-outubro-de-2005-original>>. Acesso em: maio de 2011

desta ação declaratória densifica apropriadamente os quatro citados princípios do art. 37 da Constituição Federal, razão por que não há antinomia de conteúdos na comparação dos comandos que se veiculam pelos dois modelos normativos: o constitucional e o infraconstitucional. Logo, o Conselho Nacional de Justiça fez adequado uso da competência que lhe conferiu a Carta de Outubro, após a Emenda 45/04. Noutra giro, os condicionamentos impostos pela Resolução em foco não atentam contra a liberdade de nomeação e exoneração dos cargos em comissão e funções de confiança (incisos II e V do art. 37). Isto porque a interpretação dos mencionados incisos não pode se desapegar dos princípios que se veiculam pelo caput do mesmo art. 37. Donde o juízo de que as restrições constantes do ato normativo do CNJ são, no rigor dos termos, as mesmas restrições já impostas pela Constituição de 1988, dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade. É dizer: o que já era constitucionalmente proibido permanece com essa tipificação, porém, agora, mais expletivamente positivado. Não se trata, então, de discriminar o Poder Judiciário perante os outros dois Poderes Orgânicos do Estado, sob a equivocada proposição de que o Poder Executivo e o Poder Legislativo estariam inteiramente libertos de peias jurídicas para prover seus cargos em comissão e funções de confiança, naquelas situações em que os respectivos ocupantes não hajam ingressado na atividade estatal por meio de concurso público. O modelo normativo em exame não é suscetível de ofender a pureza do princípio da separação dos Poderes e até mesmo do princípio federativo. Primeiro, pela consideração de que o CNJ não é órgão estranho ao Poder Judiciário (art. 92, CF) e não está a submeter esse Poder à autoridade de nenhum dos outros dois; segundo, porque ele, Poder Judiciário, tem uma singular compostura de âmbito nacional, perfeitamente compatibilizada com o caráter estadualizado de uma parte dele. Ademais, o art. 125 da Lei Magna defere aos Estados a competência de organizar a sua própria Justiça, mas não é menos certo que esse mesmo art. 125, caput, junte essa organização aos princípios "estabelecidos" por ela, Carta Maior, neles incluídos os constantes do art. 37, cabeça. Medida liminar deferida para, com efeito vinculante: a) emprestar interpretação conforme para incluir o termo "chefia" nos incisos II, III, IV, V do artigo 2º do ato normativo em foco b) suspender, até o exame de mérito desta ADC, o julgamento dos processos que tenham por objeto questionar a constitucionalidade da Resolução nº 07/2005, do Conselho Nacional de Justiça; c) obstar que juízes e Tribunais venham a proferir decisões que impeçam ou afastem a aplicabilidade da mesma Resolução nº 07/2005, do CNJ e d) suspender, com eficácia ex tunc, os efeitos daquelas decisões que, já proferidas, determinaram o afastamento da sobredita aplicação. (ADC 12 MC, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 16/02/2006, DJ 01-09-2006 PP-00015 EMENT VOL-02245-01 PP-00001 RTJ VOL-00199-02 PP-00427)⁶²

O julgamento de mérito da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12 ocorreu aproximadamente dois anos e quatro meses após o deferimento da liminar, cuja ementa segue abaixo:

EMENTA: AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE, AJUIZADA EM PROL DA RESOLUÇÃO Nº 07, de 18.10.05, DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. ATO NORMATIVO QUE "DISCIPLINA O EXERCÍCIO DE CARGOS, EMPREGOS E FUNÇÕES POR PARENTES, CÔNJUGES E COMPANHEIROS DE MAGISTRADOS E DE SERVIDORES INVESTIDOS EM CARGOS DE DIREÇÃO E ASSESSORAMENTO, NO ÂMBITO DOS ÓRGÃOS DO PODER JUDICIÁRIO E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS". PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1. Os condicionamentos impostos pela Resolução nº 07/05, do CNJ, não atentam contra a liberdade de prover

⁶² Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=372910>>. Acesso em: junho 2011.

e desprover cargos em comissão e funções de confiança. As restrições constantes do ato resolutivo são, no rigor dos termos, as mesmas já impostas pela Constituição de 1988, dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade. 2. Improcedência das alegações de desrespeito ao princípio da separação dos Poderes e ao princípio federativo. O CNJ não é órgão estranho ao Poder Judiciário (art. 92, CF) e não está a submeter esse Poder à autoridade de nenhum dos outros dois. O Poder Judiciário tem uma singular compostura de âmbito nacional, perfeitamente compatibilizada com o caráter estadualizado de uma parte dele. Ademais, o art. 125 da Lei Magna defere aos Estados a competência de organizar a sua própria Justiça, mas não é menos certo que esse mesmo art. 125, caput, junte essa organização aos princípios "estabelecidos" por ela, Carta Maior, neles incluídos os constantes do art. 37, cabeça. 3. Ação julgada procedente para: a) emprestar interpretação conforme à Constituição para deduzir a função de chefia do substantivo "direção" nos incisos II, III, IV, V do artigo 2º do ato normativo em foco; b) declarar a constitucionalidade da Resolução nº 07/2005, do Conselho Nacional de Justiça. (ADC 12, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 20/08/2008, DJe-237 DIVULG 17-12-2009 PUBLIC 18-12-2009 EMENT VOL-02387-01 PP-00001 RTJ VOL-00215- PP-00011 RT v. 99, n. 893, 2010, p. 133-149)⁶³

Importante ressaltar que os ministros do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, julgaram procedente a ação declaratória de constitucionalidade e, por maioria, emprestaram interpretação conforme a Constituição para deduzir a função de chefia do substantivo "direção", ampliando a abrangência dos incisos II, III, IV e V, do artigo 2º, da Resolução nº 07, do Conselho Nacional de Justiça. Assim, entenderam ser dispensável existência de lei (em sentido formal) para combater o nepotismo, haja vista que tal vedação decorre da aplicação direta do princípio da moralidade administrativa, previsto no *caput* do art. 37, da Constituição da República de 1988 (extensível a toda administração pública de qualquer dos poderes de todos os entes federados).

No mesmo dia do julgamento de mérito da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12, foi julgado o Recurso Extraordinário nº 579951:

EMENTA: ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. VEDAÇÃO NEPOTISMO. NECESSIDADE DE LEI FORMAL. INEXIGIBILIDADE. PROIBIÇÃO QUE DECORRE DO ART. 37, CAPUT, DA CF. RE PROVIDO EM PARTE. I - Embora restrita ao âmbito do Judiciário, a Resolução 7/2005 do Conselho Nacional da Justiça, a prática do nepotismo nos demais Poderes é ilícita. II - A vedação do nepotismo não exige a edição de lei formal para coibir a prática. III - Proibição que decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, caput, da Constituição Federal. IV - Precedentes. V - RE conhecido e parcialmente provido para anular a nomeação do servidor, aparentado com agente político, ocupante, de cargo em comissão. (RE 579951, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 20/08/2008, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-202 DIVULG 23-10-2008 PUBLIC 24-10-2008 EMENT VOL-02338-10 PP-01876)⁶⁴

⁶³ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606840>>. Acesso em: junho 2011.

⁶⁴ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=557587>>. Acesso em: junho 2011.

Este Recurso extraordinário foi interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte contra acórdão do Tribunal de Justiça do mesmo estado que entendeu ser constitucional a nomeação de Elias Raimundo de Souza e Francisco Souza Nascimento para o exercício, respectivamente, dos cargos em comissão de Secretário Municipal de Saúde e de motorista, embora sejam, o primeiro irmão de vereador e o outro, do Vice-Prefeito do Município de Água Nova/RN.

O tribunal potiguar considerou inaplicável a Resolução nº 07, do Conselho Nacional de Justiça ao Executivo e ao Legislativo em virtude da edição de lei (em sentido formal) para combater o nepotismo. Durante o julgamento deste recurso, os ministros do Supremo Tribunal Federal reafirmaram (a partir do julgamento anterior, a saber, Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12), que a referida resolução estaria circunscrita ao Poder Judiciário, mas era necessário combater o nepotismo também nos demais poderes. Após debates, os ministros deram parcial provimento ao recurso para declarar nulo o ato de nomeação de Francisco Souza Nascimento (motorista e irmão do vice-prefeito). Consideraram válida a nomeação do Secretário Municipal de Saúde (agente político⁶⁵), Elias Raimundo de Souza, por não ter ficado evidenciada a prática de nepotismo cruzado (quando dois agentes públicos empregam familiares um do outro como troca de favor).

Assim, estava pavimentada a estrada que conduziria à edição de súmula vinculante contra o nepotismo. Sedimentou-se que o nepotismo deveria ser proibido no âmbito da administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como vedado o nepotismo cruzado. Os cargos de caráter político, exercidos por agentes políticos, foram excluídos do alcance da súmula vinculante.

A partir da publicação da Súmula Vinculante nº 13 (DJe nº 162, de 29/8/2008, p. 1) tornou-se possível contestar, no próprio Supremo Tribunal Federal, por meio de reclamação, a prática de nepotismo na administração pública direta e indireta no Judiciário, no Executivo e no Legislativo de todos os níveis da federação.

A Resolução nº 7, de 2005, do Conselho Nacional de Justiça, proibiu o nepotismo no Poder Judiciário. Entretanto era razoável que esta importante medida fosse estendida aos demais poderes. Em virtude dos precedentes apresentados, os ministros do Supremo Tribunal

⁶⁵ O direito brasileiro considera que os agentes políticos são apenas os chefes dos Poderes Executivo federal, estadual e municipal, os senadores, deputados e vereadores, além de ministros e secretários. A forma de investidura nestes cargos é preponderantemente a eleição, pois a nomeação subsiste apenas para ministros e secretários, que são de livre escolha do chefe do Executivo.

Federal entenderam que os princípios elencados no art. 37, *caput*, da Constituição da República deveriam ser interpretados de forma a extirpar o nepotismo.

Importante destacar que a edição da Súmula Vinculante nº 13 ocorreu por iniciativa dos ministros, a partir dos precedentes analisados, especialmente a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12 e o Recurso Extraordinário nº 579951, que foram julgados no mesmo dia (20/08/2008). A discussão para edição de súmula vinculante foi adiada para o dia seguinte em sessão extraordinária do plenário do Supremo Tribunal Federal, mediante proposta do Ministro Ricardo Lewandowski, nos seguintes termos:

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor do mesmo órgão investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou ainda de função gratificada na administração pública direta e indireta, em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendendo ajuste mediante designações recíprocas, viola o art. 37, **caput**, da Constituição Federal.⁶⁶

Duas contribuições foram acolhidas de forma a aprimorar a redação da súmula proposta pelo Ministro Ricardo Lewandowski. A Ministra Cármen Lúcia propôs a substituição do termo “do mesmo órgão” por “da mesma pessoa jurídica”. O Ministro Marco Aurélio propôs que o termo “viola o art. 37, *caput*,” fosse excluído da redação da súmula por entender que na Constituição existem outros princípios (explícitos e implícitos), além daqueles elencados no *caput* do art. 37. Sugeriu que a remissão ao referido artigo ocorresse na referência legislativa apresentada pela Corte ao aprovar nova súmula. Ressaltou que também deveria constar nas relações dos precedentes a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1521, de sua relatoria.

A Súmula Vinculante nº 13 foi aprovada por todos os ministros presentes no plenário (ausentes os Ministros José Celso de Mello Filho, Joaquim Benedito Barbosa Gomes e Ellen Gracie Northfleet) nos seguintes termos:

Súmula Vinculante 13⁶⁷

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da

⁶⁶ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/DJE_11.11.2008.pdf>. Acesso em: junho 2011.

⁶⁷ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/Enunciados_Sumula_Vinculante_STF_1_a_29_31_e_32.pdf>. Acesso em: junho 2011.

União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

Fonte de Publicação: DJe nº 162 de 29/8/2008, p. 1. DOU de 29/8/2008, p. 1.

Legislação: Constituição Federal de 1988, art. 37, “caput”.

Precedentes: ADI 1521 MC, MS 23780, ADC 12 MC, ADC 12, RE 579951

A atuação do Supremo Tribunal Federal pode ser entendida como nítido ativismo judicial na medida em que, deliberadamente, interpretou o art. 37, *caput*, da Constituição da República de forma a reafirmar a legalidade da Resolução nº 7 e a atuação do Conselho Nacional de Justiça a fim de coibir o nepotismo no Poder Judiciário. A edição da Súmula Vinculante nº 13, além de ativismo, representou judicialização da política, pois o Supremo proibiu o nepotismo na administração pública direta e indireta nos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Assim, entendemos que esta súmula significou a “transferência” de poder de decisão do legislador, do governo, ou da administração pública para a Corte, tal como indica a definição de judicialização proposta por Chester Neal Tate e Torbjörn Vallinder (1995).

5 MANDADO DE INJUNÇÃO: UMA CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL

Neste capítulo apresentaremos o mandado de injunção e a evolução desta ação constitucional a partir das interpretações do Supremo Tribunal Federal. Temos por escopo demonstrar ativismo judicial e judicialização da política a partir da análise dos principais julgados acerca do direito de greve dos servidores públicos.

Dentre as várias inovações previstas na Constituição da República de 1988, destaca-se o mandado de injunção, nos seguintes termos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania; (BRASIL, 1988).

O referido mandado destina-se a coibir inefetividade das normas constitucionais decorrente de mora legislativa (inexistência da norma regulamentadora⁶⁸).

José dos Santos Carvalho Filho conceitua mandado de injunção como “ação de fundamento constitucional, pela qual, mesmo diante da ausência de norma regulamentadora, se viabiliza exercício de direitos e liberdades constitucionais” (CARVALHO FILHO 2006, p. 857). Ora, há normas jurídicas que, embora vigentes, não tem eficácia porque dependem de outras normas que as regulamentem, de forma a possibilitar sua execução. O titular possui um direito que não está sendo exercido apenas porque inexistente norma regulamentadora.

Os requisitos do mandado de injunção são:

- 1) falta de norma reguladora de uma previsão constitucional (omissão do Poder Público);
- 2) inviabilidade de exercer o direito previsto na constituição.

O mandado de injunção poderá ser manejado por qualquer pessoa cujo exercício de um direito, liberdade ou prerrogativa constitucional esteja inviabilizado em virtude de falta de norma regulamentadora. Conseqüentemente, não é permitido que o postulante venha defender direito de outrem, exceto nos casos de substituição processual expressamente previstos em

⁶⁸ Deve-se entender “norma regulamentadora” em sentido amplo, de modo a abranger todos os atos normativos de competência de qualquer das autoridades, órgãos e pessoas jurídicas que compõem os três Poderes do Estado, inclusive da administração indireta, sem os quais a norma constitucional não possa ser aplicada (DI PIETRO, 1999, p. 611).

lei⁶⁹. Ante ausência de autorização expressa, o Supremo Tribunal Federal reconheceu legitimidade para as entidades de classe devidamente constituídas manejarem aquela ação (à semelhança do mandado de segurança coletivo), denominada de mandado de injunção coletivo:

I - MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO: ADMISSIBILIDADE, POR APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 5., LXX, DA CONSTITUIÇÃO; LEGITIMIDADE, NO CASO, ENTIDADE SINDICAL DE PEQUENAS E MÉDIAS EMPRESAS, AS QUAIS, NOTORIAMENTE DEPENDENTES DO CRÉDITO BANCÁRIO, TEM INTERESSE COMUM NA EFICÁCIA DO ART. 192, PAR. 3., DA CONSTITUIÇÃO, QUE FIXOU LIMITES AOS JUROS REAIS. II. MORA LEGISLATIVA: EXIGÊNCIA E CARACTERIZAÇÃO: CRITÉRIO DE RAZOABILIDADE. A MORA - QUE É PRESSUPOSTO DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA OMISSÃO LEGISLATIVA -, E DE SER RECONHECIDA, EM CADA CASO, QUANDO, DADO O TEMPO CORRIDO DA PROMULGAÇÃO DA NORMA CONSTITUCIONAL INVOCADA E O RELEVO DA MATÉRIA, SE DEVA CONSIDERAR SUPERADO O PRAZO RAZOÁVEL PARA A EDIÇÃO DO ATO LEGISLATIVO NECESSÁRIO À EFETIVIDADE DA LEI FUNDAMENTAL; VENCIDO O TEMPO RAZOÁVEL, NEM A INEXISTÊNCIA DE PRAZO CONSTITUCIONAL PARA O ADIMPLEMENTO DO DEVER DE LEGISLAR, NEM A PENDÊNCIA DE PROJETOS DE LEI TENDENTES A CUMPRÍ-LO PODEM DESCARACTERIZAR A EVIDÊNCIA DA INCONSTITUCIONALIDADE DA PERSISTENTE OMISSÃO DE LEGISLAR. III. JUROS REAIS (CF, ART. 192, PAR. 3.): PASSADOS QUASE CINCO ANOS DA CONSTITUIÇÃO E DADA A INEQUIVOCAL RELEVÂNCIA DA DECISÃO CONSTITUINTE PARALISADA PELA FALTA DA LEI COMPLEMENTAR NECESSÁRIA À SUA EFICÁCIA - CONFORME JÁ ASSENTADO PELO STF (ADIN 4, DJ 25.06.93, SANCHES) -, DECLARA-SE INCONSTITUCIONAL A PERSISTENTE OMISSÃO LEGISLATIVA À RESPEITO, PARA QUE A SUPRA O CONGRESSO NACIONAL. IV. MANDADO DE INJUNÇÃO: NATUREZA MANDAMENTAL (MI 107-QO, M. ALVES, RTJ 133/11): DESCABIMENTO DE FIXAÇÃO DE PRAZO PARA O SUPRIMENTO DA OMISSÃO CONSTITUCIONAL, QUANDO - POR NÃO SER O ESTADO O SUJEITO PASSIVO DO DIREITO CONSTITUCIONAL DE EXERCÍCIO OBSTADO PELA AUSÊNCIA DA NORMA REGULAMENTADORA (V.G, MI 283, PERTENCE, RTJ 135/882) -, NÃO SEJA POSSÍVEL COMINAR CONSEQUÊNCIAS À SUA CONTINUIDADE APÓS O TERMO FINAL DA DILAÇÃO ASSINADA. (MI 361, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 08/04/1994, DJ 17-06-1994 PP-15707 EMENT VOL-01749-01 PP-00046)⁷⁰

O mandado de injunção será proposto em face da pessoa estatal, pois somente ao poder público é imputável o encargo constitucional de emanação de provimentos normativos. Caso a iniciativa de lei seja do Presidente da República apenas ele deve integrar o pólo passivo da lide e não a Câmara dos Deputados ou o Senado Federal:

⁶⁹ Vide especialmente arts. 6º e 43, ambos do Código de Processo Civil; arts. 81 e 82, do Código de Defesa do Consumidor.

⁷⁰ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81794>>. Acesso em: maio de 2011.

MANDADO DE INJUNÇÃO - LIMITE DA TAXA DE JUROS REAIS (CF, ART. 192, PAR. 3.) - CONGRESSO NACIONAL E INSTITUIÇÃO FINANCEIRA PRIVADA - LITISCONSORCIO PASSIVO INCABIVEL - AÇÃO JUDICIAL DE COBRANÇA EXECUTIVA - SUSPENSÃO CAUTELAR INDEFERIDA - DECISÃO INAPRECIÁVEL EM SEDE DE AGRAVO REGIMENTAL. - A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FIRMOU-SE NO SENTIDO DO DESCABIMENTO DE AGRAVO REGIMENTAL CONTRA DESPACHO DO RELATOR QUE APRECIA MEDIDA LIMINAR EM SEDE DE MANDADO DE INJUNÇÃO. - SOMENTE PESSOAS ESTATAIS PODEM FIGURAR NO POLO PASSIVO DA RELAÇÃO PROCESSUAL INSTAURADA COM A IMPETRAÇÃO DO MANDADO DE INJUNÇÃO, EIS QUE APENAS A ELAS É IMPUTÁVEL O DEVER JURÍDICO DE EMANAÇÃO DE PROVIMENTOS NORMATIVOS. - A NATUREZA JURÍDICO-PROCESSUAL DO INSTITUTO DO MANDADO DE INJUNÇÃO - AÇÃO JUDICIAL DE INDOLE MANDAMENTAL - INVIABILIZA, EM FUNÇÃO DE SEU PRÓPRIO OBJETO, A FORMAÇÃO DE LITISCONSORCIO PASSIVO, NECESSARIO OU FACULTATIVO, ENTRE PARTICULARES E ENTES ESTATAIS. (destacamos) (MI 335 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, TRIBUNAL PLENO, julgado em 09/08/1991, DJ 17-06-1994 PP-15720 EMENT VOL-01749-01 PP-00029)⁷¹

Deve-se destacar que até a presente data, não foi editada lei disciplinadora do rito especial do mandado de injunção. Entretanto, a Lei Federal nº 8.038/90 (art. 24, parágrafo único) previu expressamente que o mandado de injunção seguirá o rito do mandado de segurança (Lei Federal nº 12.016/2009). Outro aspecto que merece destaque refere-se à competência para julgamento do mandado de injunção que se concentra no âmbito dos tribunais, quase nada restando para a justiça de primeira instância, como preconizado na Constituição da República de 1988:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: [...] q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;

II - julgar, em recurso ordinário:

a) o "habeas-corpus", o mandado de segurança, o "habeas-data" e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão; [...]

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente: [...]

h) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal; [...]

Art. 121. Lei complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais.[...]

⁷¹ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=325448>>. Acesso em: maio de 2011.

§ 4º - Das decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais somente caberá recurso quando: [...] V - denegarem "habeas-corpus", mandado de segurança, "habeas-data" ou mandado de injunção.[...]

Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

§ 1º - A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça. (BRASIL, 1988).

No âmbito estadual, essa competência é, em regra, restrita aos Tribunais de Justiça nos termos das seguintes constituições:

Estado de São Paulo⁷²

Artigo 74 - Compete ao Tribunal de Justiça, além das atribuições previstas nesta Constituição, processar e julgar originariamente: [...] V - os mandados de injunção, quando a inexistência de norma regulamentadora estadual ou municipal, de qualquer dos Poderes, inclusive da administração indireta, torne inviável o exercício de direitos assegurados nesta Constituição; (SÃO PAULO, 1989).

Estado do Rio Grande do Sul⁷³

Art. 93 - Compete aos Tribunais de segunda instância, além do que lhes for conferido em lei: [...] V - processar e julgar: [...] c) os mandados de segurança, mandados de injunção e habeas data contra atos do próprio Tribunal, de seu Presidente e de suas Câmaras ou Juízes; [...]

Art. 95 - Ao Tribunal de Justiça, além do que lhe for atribuído nesta Constituição e na lei, compete: [...] XII - processar e julgar: [...] b) os mandados de segurança, os habeas data e os mandados de injunção contra atos ou omissões do Governador do Estado, da Assembléia Legislativa e seus órgãos, dos Secretários de Estado, do Tribunal de Contas do Estado e seus órgãos, dos Juizes de primeira instância, dos membros do Ministério Público e do Procurador-Geral do Estado; [...] e) os mandados de injunção contra atos ou omissões dos Prefeitos Municipais e das Câmaras de Vereadores; (RIO GRANDE DO SUL, 1989).

Diferentemente dos Estados já referidos, o Estado de Minas Gerais remete à primeira instância o mandado de injunção contra entes municipais⁷⁴

Art. 106 – Compete ao Tribunal de Justiça, além das atribuições previstas nesta Constituição: I – processar e julgar originariamente, ressalvada a competência das justiças especializadas: [...] f) mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, de entidade ou de autoridade estadual da administração direta ou indireta; [...] Art. 113 – O Juiz de Direito exerce a jurisdição comum estadual de primeiro grau e integra a carreira da magistratura nas comarcas e juízos e com a competência que a Lei de Organização e Divisão Judiciárias

⁷² Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/constituicao/1989/constituicao%20de%2005.10.1989.htm>>. Acesso em: maio de 2010.

⁷³ Disponível em: <<http://www.al.rs.gov.br/>>. Acesso em: maio de 2010.

⁷⁴ Disponível em: <<http://www.almg.gov.br/downloads/ConstituicaoEstadual.pdf>>. Acesso em: maio de 2010.

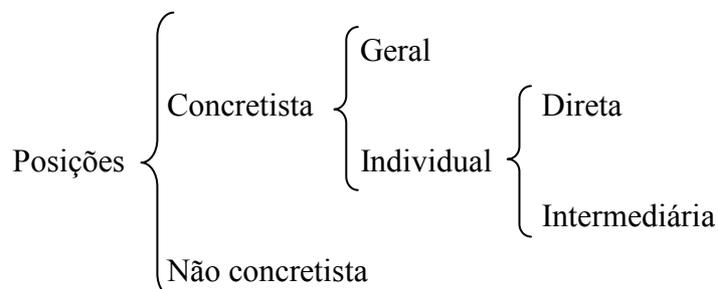
determinar. Parágrafo único – Compete ao Juiz de Direito julgar mandado de injunção quando a norma regulamentadora for atribuição do Prefeito, da Câmara Municipal ou de sua Mesa Diretora, ou de autarquia ou fundação pública municipais. (MINAS GERAIS, 1989).

A natureza jurídica da decisão proferida em mandado de injunção suscita inquietantes debates: para Moreira Alves (apud CELSO BASTOS, 1999, p. 243) e Mendes (1999, p. 290) ela teria simplesmente caráter mandamental. Assim, não existe qualquer sanção em caso de inobservância da decisão judicial, considerando, principalmente, que o Poder Judiciário não poderia impor ao Poder Legislativo a edição de norma regulamentadora (sob pena de violar o princípio de separação dos poderes).

Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, embora reconheça parcialmente os efeitos mandamentais, sustenta que os efeitos da decisão proferida em mandado de injunção tem caráter mandamental/constitutivo:

[...] os efeitos da decisão concessiva do Mandado de Injunção são, em princípio, constitutivos, já que o que se pretende, através do uso dessa garantia constitucional processual especial, é a aplicação da norma constitucional definidora de um direito constitucional, regulamentando-a especificamente para um caso concreto. Em outras palavras, a regulação do exercício de um direito constitucional, em face de uma situação jurídica concreta. Mas a decisão concessiva não poderá somente regular para o caso concreto a norma constitucional. Deverá, também, ordenar ao impetrado que se submeta à normativa estabelecida, a fim de que seja efetivamente garantido o exercício do direito, liberdade ou prerrogativa constitucionais do impetrante. Com isso, não haveria como deixar de reconhecer, também, seus efeitos mandamentais. (CATTONI DE OLIVIRA, 2001, p. 276).

Os efeitos da decisão do mandado de injunção podem ser organizados no seguinte esquema⁷⁵, conforme as diferentes interpretações do alcance de tal instituto (apresentados por MORAES, 2002, p. 184; LENZA, 2011, p. 953):



⁷⁵ Baseando-se no pronunciamento do Ministro José Néri da Silveira, ata da 7ª sessão extraordinária do Supremo Tribunal Federal, realizada em 16/03/1995 e publicada no DJ 1, 04/04/1995, p. 8265.

Por muito tempo, a posição não concretista foi dominante no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Nela havia apenas o reconhecimento formal da inércia do poder público, bem como a cientificação do Poder competente para exortá-lo a editar a norma faltante, sem estabelecer qualquer medida jurisdicional que, concretamente, viesse viabilizar o exercício do direito reclamado. Dessa forma, o mandado de injunção tornou-se praticamente inócuo, pois o exercício de direitos e liberdades constitucionais permanecia inviabilizado.

A seguir apresentamos três ementas que sintetizam a posição não concretista:

MANDADO DE INJUNÇÃO. QUESTÃO DE ORDEM SOBRE SUA AUTO-APLICABILIDADE, OU NÃO. - EM FACE DOS TEXTOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL RELATIVOS AO MANDADO DE INJUNÇÃO, E ELE AÇÃO OUTORGADA AO TITULAR DE DIREITO, GARANTIA OU PRERROGATIVA A QUE ALUDE O ARTIGO 5., LXXI, DOS QUAIS O EXERCÍCIO ESTA INVIABILIZADO PELA FALTA DE NORMA REGULAMENTADORA, E AÇÃO QUE VISA A OBTER DO PODER JUDICIARIO A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DESSA OMISSAO SE ESTIVER CARACTERIZADA A MORA EM REGULAMENTAR POR PARTE DO PODER, ÓRGÃO, ENTIDADE OU AUTORIDADE DE QUE ELA DEPENDA, COM A FINALIDADE DE QUE SE LHE DE CIENCIA DESSA DECLARAÇÃO, PARA QUE ADOTE AS PROVIDENCIAS NECESSARIAS, A SEMELHANCA DO QUE OCORRE COM A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSAO (ARTIGO 103, PAR-2., DA CARTA MAGNA), E DE QUE SE DETERMINE, SE SE TRATAR DE DIREITO CONSTITUCIONAL OPOINVEL CONTRA O ESTADO, A SUSPENSÃO DOS PROCESSOS JUDICIAIS OU ADMINISTRATIVOS DE QUE POSSA ADVIR PARA O IMPETRANTE DANO QUE NÃO OCORRERIA SE NÃO HOUVESSE A OMISSAO INCONSTITUCIONAL. - ASSIM FIXADA A NATUREZA DESSE MANDADO, E ELE, NO ÂMBITO DA COMPETÊNCIA DESTA CORTE - QUE ESTA DEVIDAMENTE DEFINIDA PELO ARTIGO 102, I, 'Q' -, AUTO-EXECUTAVEL, UMA VEZ QUE, PARA SER UTILIZADO, NÃO DEPENDE DE NORMA JURÍDICA QUE O REGULAMENTE, INCLUSIVE QUANTO AO PROCEDIMENTO, APLICAVEL QUE LHE E ANALOGICAMENTE O PROCEDIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA, NO QUE COUBER. QUESTÃO DE ORDEM QUE SE RESOLVE NO SENTIDO DA AUTO-APLICABILIDADE DO MANDADO DE INJUNÇÃO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. (MI 107 QO, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 23/11/1989, DJ 21-09-1990 PP-09782 EMENT VOL-01595-01 PP-00001)⁷⁶

Também:

MANDADO DE INJUNÇÃO, DE INICIATIVA DE DEPUTADOS FEDERAIS PELO ESTADO DE SÃO PAULO, PARA QUE O SUPREMO TRIBUNAL DETERMINE, EM SETENTA, O NUMERO DE REPRESENTANTES DAQUELA UNIDADE DA FEDERAÇÃO, A CÂMARA DOS DEPUTADOS, DIANTE DO VAZIO LEGISLATIVO, DECORRENTE DE NÃO TER SIDO

⁷⁶ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81908>>. Acesso em: maio 2011. Vanice Regina Lírio do Valle entende que este acórdão tornou-se paradigma no Supremo Tribunal Federal “por quase 20 anos” até o julgamento do direito de greve do servidor público civil (VALLE, 2009, p. 55).

ELABORADA A LEI COMPLEMENTAR, PREVISTA NO ART. 45, PAR. 1., DA CONSTITUIÇÃO. LEGITIMIDADE ATIVA DOS IMPETRANTES, COMO CIDADÃOS, TITULARES DE PRERROGATIVAS POLÍTICO-JURÍDICAS QUE SÃO INEQUIVOCAMENTE DIFUSAS, MAS POR SUA PRÓPRIA NATUREZA. PEDIDO DEFERIDO, EM PARTE, DENTRO DOS LIMITES DE PROVISÃO CONSTITUCIONALMENTE CABÍVEL, PARA, RECONHECIDAS A OMISSÃO E A MORA APONTADAS, DAR CIÊNCIA DAS MESMAS AO CONGRESSO NACIONAL. A FIM DE QUE SUPRA A OMISSÃO. VOTOS VENCIDOS, TANTO NO TOCANTE A PRELIMINAR DE LEGITIMIDADE, COMO A PROPOSITO DA EXTENSÃO OU FINALIDADE DO DEFERIMENTO DA MEDIDA. (destacamos) (MI 219, Relator(a): Min. OCTAVIO GALLOTTI, Tribunal Pleno, julgado em 22/08/1990, DJ 19-05-1995 PP-13989 EMENT VOL-01787-01 PP-00074)⁷⁷

Ou ainda:

MANDADO DE INJUNÇÃO: AUSÊNCIA DE LEI REGULAMENTADORA DO DIREITO AO AVISO PRÉVIO PROPORCIONAL⁷⁸; ILEGITIMIDADE PASSIVA DO EMPREGADOR SUPRIDA PELA INTEGRAÇÃO AO PROCESSO DO CONGRESSO NACIONAL; MORA LEGISLATIVA: CRITÉRIO OBJETIVO DE SUA VERIFICAÇÃO: PROCEDENCIA, PARA, DECLARADA A MORA, NOTIFICAR O LEGISLADOR PARA QUE A SUPRA. (MI 95, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, TRIBUNAL PLENO, julgado em 07/10/1992, DJ 18-06-1993 PP-12108 EMENT VOL-01708-01 PP-00075)⁷⁹

Já a posição concretista entende que uma vez presentes os requisitos constitucionais preconizados para o mandado de injunção, o Poder Judiciário, através de uma decisão constitutiva, declara a existência da omissão legislativa/administrativa e implementa o exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa constitucional até que sobrevenha regulamentação do Poder competente. Essa posição divide-se em duas: concretista geral e individual.

Inicialmente com pouca aceitação entre os juristas, a posição concretista geral entende que a decisão proferida em mandado de injunção terá efeitos *erga omnes*, implementando o exercício da norma constitucional através de uma normatividade geral, até que a omissão seja suprida pelo Poder competente. Dessa forma, o mandado de injunção estaria equiparado em

⁷⁷ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81758>>. Acesso em: junho 2011.

⁷⁸ Recentemente esta matéria foi retomada no Supremo Tribunal Federal a partir dos Mandados de Injunção nº 943, 1010, 1074 e 1090. Em 22/06/2011 o julgamento das referidas ações foi suspenso para que se possa examinar a explicitação do direito pleiteado, nos casos concretos em exame. Dentre o manancial a ser pesquisado, há experiências de outros países, recomendações da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e, também, projetos em tramitação no Congresso Nacional, propondo a regulamentação do dispositivo constitucional.

⁷⁹ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81742>>. Acesso em: junho 2011.

seus efeitos à ação direta de inconstitucionalidade por omissão⁸⁰. Referindo-se às duas ações, adverte Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Ainda que o fundamento das duas ações seja o mesmo – omissão de norma necessária para tornar efetivo o exercício de direito constitucional – a finalidade é diversa, pois, caso contrário, não haveria necessidade de previsão das duas medidas na Constituição e não haveria normas diversas sobre a competência para o mandado de injunção. (DI PIETRO, 1999, p. 610).

A posição concretista individual entende que a decisão proferida em mandado de injunção somente produzirá efeitos no caso concreto, ou seja, apenas para o autor da ação. Esta posição se subdivide em concretista individual direta e concretista individual intermediária. Pela primeira, o Poder Judiciário, imediatamente ao julgar procedente o mandado de injunção, implementa a eficácia da norma constitucional ao autor. O voto (vencido) do Ministro Carlos Mário da Silva Velloso, no Mandado de Injunção nº 107 pode ser considerado como posição concretista individual direta:

Sustento a tese no sentido do caráter substancial do mandado de injunção, pelo que faz o mesmo as vezes da norma infraconstitucional ausente e integra o direito ineficaz, ineficaz em razão da ausência da norma regulamentadora, à ordem jurídica. Quer dizer, mediante o mandado de injunção, o juiz cria, para o caso concreto, a norma viabilizadora do exercício do direito, ou, como ensina Celso Barbi, adota “uma medida capaz de proteger o direito reclamado”, solução que se põe de “acordo com a função tradicional da sentença, que é resolver o caso concreto levado ao Poder Judiciário, mas limitando a eficácia apenas a esse caso, sem pretender usurpar funções próprias de outros poderes.” (Conf.meu artigo “As Novas Garantias Constitucionais”, RDA, 177/14, 24).

Dirirjo, portanto, data venia, do entendimento segundo o qual com o mandado de injunção obtém-se o mesmo que se obtém com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão: procedente a ação do mandado de injunção, simplesmente dá-se ciência ao órgão incumbido de elaborar a norma regulamentadora de que está ele omissor. Esse entendimento, data venia, esvazia a nova garantia constitucional do mandado de injunção, que tem por escopo, segundo está na Constituição, art. 5º, LXXI, viabilizar o exercício de direito e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.⁸¹

Em alguns casos, o Supremo Tribunal Federal adotou a posição concretista individual intermediária, que consiste em fixar prazo e comunicar o Legislativo omissor para que elabore a norma naquele lapso temporal. Uma vez transcorrido o aludido prazo, o autor (apenas ele) passaria a ter o direito pleiteado:

⁸⁰ Vide art. 103, §2º, da Constituição da República de 1988.

⁸¹ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81745>>. Acesso em: junho 2011.

Mandado de injunção. - Legitimidade ativa da requerente para impetrar mandado de injunção por falta de regulamentação do disposto no par. 7. do artigo 195 da Constituição Federal. - Ocorrência, no caso, em face do disposto no artigo 59 do ADCT, de mora, por parte do Congresso, na regulamentação daquele preceito constitucional. Mandado de injunção conhecido, em parte, e, nessa parte, deferido para declarar-se o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote ele as providencias legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do artigo 195, par. 7., da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida. (destacamos) (MI 232, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, TRIBUNAL PLENO, julgado em 02/08/1991, DJ 27-03-1992 PP-03800 EMENT VOL-01655-01 PP-00018 RTJ VOL-00137-03 PP-00965)⁸²

Em outros julgados, o Supremo Tribunal Federal estipulou prazo para sessenta dias (quarenta e cinco dias para elaboração da norma no âmbito do Legislativo e quinze dias para sanção presidencial, conforme art. 64 c/c art. 66, § 2º, ambos da Constituição da República de 1988):

Mandado de injunção: mora legislativa na edição da lei necessária ao gozo do direito a reparação econômica contra a União, outorgado pelo art. 8., par. 3., ADCT: deferimento parcial, com estabelecimento de prazo para a purgação da mora e, caso subsista a lacuna, facultando o titular do direito obstado a obter, em juízo, contra a União, sentença líquida de indenização por perdas e danos. 1. O STF admite - não obstante a natureza mandamental do mandado de injunção (MI 107 - QO) - que, no pedido constitutivo ou condenatório, formulado pelo impetrante, mas, de atendimento impossível, se contem o pedido, de atendimento possível, de declaração de inconstitucionalidade da omissão normativa, com ciência ao órgão competente para que a supra (cf. Mandados de Injunção 168, 107 e 232). 2. A norma constitucional invocada (ADCT, art. 8., par. 3. - "Aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica n. S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e n. S-285-GM5 será concedida reparação econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição" - vencido o prazo nela previsto, legitima o beneficiário da reparação mandada conceder a impetrar mandado de injunção, dada a existência, no caso, de um direito subjetivo constitucional de exercício obstado pela omissão legislativa denunciada. 3. Se o sujeito passivo do direito constitucional obstado e a entidade estatal a qual igualmente se deva imputar a mora legislativa que obsta ao seu exercício, e dado ao Judiciário, ao deferir a injunção, somar, aos seus efeitos mandamentais típicos, o provimento necessário a acautelar o interessado contra a eventualidade de não se ultimar o processo legislativo, no prazo razoável que fixar, de modo a facultar-lhe, quanto possível, a satisfação provisória do seu direito. 4. Premissas, de que resultam, na espécie, o deferimento do mandado de injunção para: a) declarar em mora o legislador com relação a ordem de legislar contida no art. 8., par. 3., ADCT, comunicando-o ao Congresso Nacional e a Presidência da República; b) assinar o prazo de 45 dias, mais 15 dias para a sanção presidencial, a fim de que se ultime o processo legislativo da lei reclamada; c) se ultrapassado o prazo acima, sem que esteja promulgada a lei, reconhecer ao impetrante a faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação a reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrem; d) declarar que, prolatada a condenação, a superveniência de

⁸² Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81759>>. Acesso em: maio de 2011.

lei não prejudicaria a coisa julgada, que, entretanto, não impedira o impetrante de obter os benefícios da lei posterior, nos pontos em que lhe for mais favorável. (destacamos) (MI 283, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/1991, DJ 14-11-1991 PP-16355 EMENT VOL-01642-01 PP-00001 RTJ VOL-00135-03 PP-00882)⁸³

Também:

EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. GARANTIA FUNDAMENTAL (CF, ART. 5º, INCISO LXXI). DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS (CF, ART. 37, INCISO VII). EVOLUÇÃO DO TEMA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). DEFINIÇÃO DOS PARÂMETROS DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA APRECIÇÃO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL E DA JUSTIÇA ESTADUAL ATÉ A EDIÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PERTINENTE, NOS TERMOS DO ART. 37, VII, DA CF. EM OBSERVÂNCIA AOS DITAMES DA SEGURANÇA JURÍDICA E À EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL NA INTERPRETAÇÃO DA OMISSÃO LEGISLATIVA SOBRE O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS, FIXAÇÃO DO PRAZO DE 60 (SESSENTA) DIAS PARA QUE O CONGRESSO NACIONAL LEGISLE SOBRE A MATÉRIA. MANDADO DE INJUNÇÃO DEFERIDO PARA DETERMINAR A APLICAÇÃO DAS LEIS Nos 7.701/1988 E 7.783/1989. 1. SINAIS DE EVOLUÇÃO DA GARANTIA FUNDAMENTAL DO MANDADO DE INJUNÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). (...) 6. DEFINIÇÃO DOS PARÂMETROS DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA APRECIÇÃO DO TEMA NO ÂMBITO DA JUSTIÇA FEDERAL E DA JUSTIÇA ESTADUAL ATÉ A EDIÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA PERTINENTE, NOS TERMOS DO ART. 37, VII, DA CF. FIXAÇÃO DO PRAZO DE 60 (SESSENTA) DIAS PARA QUE O CONGRESSO NACIONAL LEGISLE SOBRE A MATÉRIA. MANDADO DE INJUNÇÃO DEFERIDO PARA DETERMINAR A APLICAÇÃO DAS LEIS Nos 7.701/1988 E 7.783/1989... (MI 670, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007, DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-01 PP-00001 RTJ VOL-00207-01 PP-00011)⁸⁴

O Mandado de Injunção nº 670 (cuja parte da ementa foi transcrita acima), bem como os de números 708 e 712⁸⁵, ajuizados, respectivamente, pelo Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis do Estado do Espírito Santo (Sindpol), pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa (Sintem) e pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará (Sinjep), se notabilizaram⁸⁶ por assegurar direito de greve para

⁸³ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=81766>>. Acesso em: maio de 2011.

⁸⁴ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549>>. Acesso em: maio 2010.

⁸⁵ Em 15/10/2007, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, negou provimento ao pedido de desistência formulado pelo sindicato impetrante. Na ocasião, o Ministro Celso de Mello alertou sobre a importância de se julgar o mérito e afirmou que o pedido de desistência formulado poderia manipular o julgamento da corte, notadamente porque já havia maioria formada.

⁸⁶ Outro relevante tema que contribuiu para notabilizar o mandado de injunção foi a aposentadoria especial de servidores públicos relacionada ao desenvolvimento de atividade insalubre ou perigosa, destacando-se como

seus filiados (servidores públicos civis⁸⁷), tendo em vista que a previsão constitucional ainda não foi regulamentada:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 04/06/98). (BRASIL, 1988).

O Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, declarou a omissão legislativa e, por maioria, determinou a aplicação, no que couber, da lei de greve vigente no setor privado, Lei Federal nº 7.783/89. A aplicação não se restringiu aos impetrantes (e seus filiados), mas a todo o funcionalismo público. Assim, pode-se afirmar que recentemente, o Supremo consagrou, nestes casos, a teoria concretista geral. Os Mandados de Injunção nº 670, 708 e 712 representam a mudança de paradigma no Supremo Tribunal Federal por conferir caráter constitutivo à decisão e abandono aos parâmetros estabelecidos logo após o advento da Constituição de 1988 (e sintetizados no Mandado de Injunção nº 107 QO).

Nesse sentido, destacamos trechos dos votos dos Ministros Eros Roberto Grau e Gilmar Ferreira Mendes, no julgamento do Mandado de Injunção nº 712 que evidenciam, cada um à sua maneira, a mudança de paradigma do Supremo Tribunal Federal:

Ministro Eros Roberto Grau (Relator):

40. O Poder Judiciário, no mandado de injunção, produz norma. Interpreta o direito, na sua totalidade, para produzir a norma de decisão aplicável à omissão. É inevitável, porém, no caso, seja essa norma tomada como texto normativo que se incorpora ao ordenamento jurídico, a ser interpretado/aplicado. Dá-se, aqui, algo semelhante ao que se há de passar com a súmula vinculante, que, editada, atuará como texto normativo a ser interpretado/aplicado.

40. Ademais, não há que se falar em agressão à “separação dos poderes”, mesmo porque é a Constituição que institui o mandado de injunção e não existe uma assim chamada “separação dos poderes” provinda do direito natural. Ela existe, na Constituição do Brasil, tal como nela definida. Nada mais. No Brasil vale, em matéria de independência e harmonia entre os poderes e de “separação dos poderes”, o que está escrito na Constituição, não esta ou aquela doutrina em gera mal digerida por quem não leu Montesquieu no original.⁸⁸

paradigma o Mandado de Injunção nº 721 (Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 30/08/2007, DJe-152 DIVULG 29-11-2007 PUBLIC 30-11-2007 DJ 30-11-2007 PP-00029 EMENT VOL-02301-01 PP-00001 RTJ VOL-00203-01 PP-00011 RDDP n. 60, 2008, p. 134-142).

⁸⁷ É proibida a sindicalização e a greve do servidor militar, nos termos do art. 142, § 3º, IV, da Constituição da República de 1988.

⁸⁸ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558553>>. Acesso em: junho de 2011.

Para ele, cabe ao Supremo Tribunal Federal remover o obstáculo decorrente da omissão a fim de definir norma adequada à regulação do caso concreto (norma enunciada como texto normativo, logo sujeita à interpretação pelo seu aplicador). Neste caso, o Supremo Tribunal Federal não estaria “legislando”, mas desenvolvendo função normativa, plenamente compatível com a efetivação do texto constitucional.

Ministro Gilmar Ferreira Mendes:

Estamos diante de uma situação jurídica que, desde a promulgação da Carta Federal de 1988 (ou seja, há mais de 17 anos), remanesce sem qualquer alteração. Isto é, mesmo com as modificações implementadas pela Emenda nº 19/1998 quanto à exigência de lei ordinária específica, o direito de greve dos servidores públicos ainda não recebeu o tratamento legislativo minimamente satisfatório para garantir o exercício dessa prerrogativa em consonância com os imperativos constitucionais. Por essa razão, não estou a defender aqui a assunção do papel de legislador positivo pelo Supremo Tribunal Federal.

Pelo contrário, enfatizo tão-somente que, tendo em vista as imperiosas balizas constitucionais que demandam a concretização do direito de greve a todos os trabalhadores, este Tribunal não pode se abster de reconhecer que, assim, como se estabelece o controle judicial sobre a atividade do legislador, é possível atuar também nos casos de inatividade ou omissão do Legislativos. (...)

Comungo das preocupações quanto à não assunção pelo Tribunal de um protagonismo legislativo. Entretanto, parece-me que a não atuação no presente momento já se configuraria quase como uma espécie de “omissão judicial”.

Assim, tanto quanto no caso da anistia, essa situação parece exigir uma intervenção mais decisiva desta Corte.⁸⁹

Percebe-se que o mandado de injunção constitui-se em nítida manifestação de ativismo judicial, que já se veicula entre os integrantes do Supremo Tribunal Federal. O Ministro José Celso de Mello Filho, em sua saudação na solenidade de posse do Ministro Gilmar Ferreira Mendes na presidência da Corte (23/03/2008), já reconhecia a necessidade de práticas ativistas para “fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos”⁹⁰. E prossegue para constatar o crescente protagonismo da referida Corte:

De outro lado, Senhor Presidente, a crescente judicialização das relações políticas em nosso País resulta da expressiva ampliação das funções institucionais conferidas ao Judiciário pela vigente Constituição, que converteu os juízes e os Tribunais em árbitros dos conflitos que se registram na arena política, conferindo, à instituição judiciária, um protagonismo que deriva naturalmente do papel que se lhe cometeu em matéria de jurisdição constitucional, como o revelam as inúmeras ações diretas, ações declaratórias de constitucionalidade e arguições de descumprimento de preceitos fundamentais ajuizadas pelo Presidente da República, pelos Governadores

⁸⁹ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558553>>. Acesso em: junho de 2011.

⁹⁰ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCM.pdf>>. Acesso em: junho de 2011.

de Estado e pelos partidos políticos, agora incorporados à “*sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*”, o que atribui – considerada essa visão pluralística do processo de controle de constitucionalidade – ampla legitimidade democrática aos julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, inclusive naqueles casos em que esta Suprema Corte, regularmente provocada por grupos parlamentares minoritários, a estes reconheceu – pelo fato de o direito das minorias compor o próprio estatuto do regime democrático – o direito de investigação mediante comissões parlamentares de inquérito, tanto quanto proclamou, em respeito à vontade soberana dos cidadãos, o dever de fidelidade partidária dos parlamentares eleitos, assim impedindo a deformação do modelo de representação popular.

Referindo-se ao exercício do direito de greve do servidor público a partir dos Mandados de Injunção n° 670, 708 e 712, Elival da Silva Ramos reconhece ativismo judicial:

Muito embora, pessoalmente, entenda que a melhor interpretação do inciso LXXI, do artigo 5º, da Constituição Federal, seja aquela que prevaleceu no julgamento do MI n. 721-7⁹¹, reconheço que a variante exegética que vem de ser assumida pelo STF, na apreciação das três injunções sobre o direito de greve dos servidores públicos, não se descola da textualidade do dispositivo e encontra amparo no elemento sistemático (o princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais – art. 5º, § 1º, da CF), não podendo, portanto, ser refutada por incidir em ativismo judicial, muito embora se revele menos favorável ao princípio da separação dos Poderes do que a diretriz concretista-subjetivista. Não se há de negar, contudo, que essa nova fonte de poderes normativos atípicos do STF constitui um reforço aos fatores de impulsão ao ativismo. (RAMOS, 2010, p. 303-304).

Além de nítido ativismo judicial, os Mandados de Injunção n° 670, 708 e 712 podem ser considerados judicialização da política, haja vista que o Supremo Tribunal Federal proporcionou suprimento normativo revestido de eficácia *erga omnes*. Ao se determinar a adoção, no que couber, da lei de greve vigente no setor privado, a Corte atuou ao alvedrio dos poderes Legislativo e Executivo e lhes impôs aceitar a legalidade da greve de seus servidores.

Deve-se ressaltar que tal suprimento normativo é precário, haja vista que a qualquer momento o Poder Legislativo ou o Poder Executivo (mediante iniciativa de lei – art. 61, § 1º, II – ou por medida provisória – art. 62, ambos da Constituição de 1988) poderão regulamentar a greve dos servidores públicos. Esta nova regulamentação também estará sujeita ao Poder Judiciário, não mais por mandado de injunção, mas mediante exercício dos controles de constitucionalidade (concentrado e difuso).

Muito se questiona se a atual interpretação do Supremo Tribunal Federal ao mandado de injunção seria atividade legislativa ou apenas regulamentadora. Para nós, trata-se de atividade legislativa atípica surgida da ausência de norma e autorizada constitucionalmente (art. 5º, LXXI). A regulamentação destina-se a complementar ou explicitar uma norma

⁹¹ Refere-se à aposentadoria especial de servidor público a partir das diretrizes fixadas ao setor privado. Neste julgado adotou-se a posição concretista individual direta.

facilitando sua execução ou cumprimento. Portanto, pressupõe a existência de uma norma. O mandado de injunção é cabível no caso de ausência de norma reguladora de uma previsão constitucional, ou seja, o exercício de direito, prerrogativa ou liberdade é completamente inviabilizado por falta de norma regulamentadora.

A atual interpretação do Supremo Tribunal Federal ao mandado de injunção (greve dos servidores públicos civis) justifica-se pela necessidade de efetivação dos direitos fundamentais previstos há quase vinte e três anos na Constituição e que ainda carecem de regulamentação. Não se pode admitir que temas relevantes, como o direito de greve dos servidores públicos, por exemplo, possam ficar sem regulamentação por tanto tempo. Entretanto, análise dos acórdãos dos mandados de injunção referidos neste capítulo não nos permite afirmar que o ativismo judicial desenvolvido pelo Supremo Tribunal Federal esteja fundamentado, preponderantemente, no discurso de tutela dos direitos fundamentais. A constante remissão às decisões pretéritas, cujos limites pretendem-se modificar ou mesmo abandonar em favor de uma nova compreensão demonstra atualização/adaptação do mandado de injunção à nova realidade sócio-política. Nesse sentido, a redefinição da postura (e interpretação) do Supremo Tribunal Federal acerca do mandado de injunção ocupou a maioria dos votos e a tônica dos debates no plenário da Corte. Apenas de forma secundária fez-se remissão à tutela dos direitos fundamentais.

Referindo-se ao julgamento do Mandado de Injunção nº 712, Vanice Regina Lírio do Valle constata que:

O texto constitucional passa, assim, a ser percebido como um documento jurídico imperativo, dotado de eficácia jurídica em diferentes graus, cuja concretização normativa não poderia constituir uma tarefa deixada, de modo exclusivo, ao julgamento de conveniência e oportunidade do legislador ordinário. O fato novo, no presente caso, é o excesso na omissão legislativa: uma situação que possibilita uma atuação mais enérgica do Judiciário diante do Poder Legislativo. Mesmo indiretamente, a tese da força normativa da Constituição e o papel de protagonista institucional conferido ao Poder Judiciário pelas teorias neoconstitucionalistas fornecem razões teóricas para justificar uma postura ativista pelo tribunal em casos – desarrazoados – de omissão legislativa. (VALLE, 2009, p. 131).

Importante destacar o papel instrumental do Supremo Tribunal Federal ao julgar os Mandados de Injunção nº 670, 708 e 712: o Tribunal decidiu de forma prospectiva, ou seja, voltada para o futuro, em lugar do que geralmente se espera do Poder Judiciário, a solução de problema pretérito, à luz de hipótese ou valores previamente definidos.

Outro aspecto que merece destaque refere-se à omissão/inércia do Poder Legislativo. Para Pedro Lenza a inércia deve ser qualificada/desarrazoada para ensejar a intervenção do Poder Judiciário, a partir da propositura do mando de injunção:

Não se incentiva um judiciário a funcionar como legislador positivo no caso de existência de lei, mas havendo a falta de lei e sendo a inércia **desarrazoada**, **negligente** e **desidiosa**, dentro dos limites e técnicas de controle das omissões, busca-se e efetivação dos direitos fundamentais, seja pelo mandado de injunção (MI), seja ela ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO). (LENZA, 2011, p. 955).

Ousamos divergir do citado autor e defendemos que a inércia não precisa ser qualificada para ensejar medidas judiciais (mandado de injunção e ação direta de inconstitucionalidade por omissão). Afinal, seria inócuo aferir desídia, negligência, ou desarrazoabilidade no processo legislativo. Para nós, bastaria à inviabilidade de exercer direito previsto na Constituição por falta de norma reguladora, independentemente do lapso temporal existente desde a promulgação da constituição vigente. Nesse sentido, a centenária lição de Rui Barbosa de que *justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta* (BARBOSA, 1951, p. 59) permanece atual e deve nortear a atuação dos magistrados visando à máxima efetividade da constituição.

6 CONCLUSÃO

É incontestável o protagonismo do Supremo Tribunal Federal no sistema político brasileiro, seja por sua atuação como corte constitucional, seja por seus julgados e súmulas vinculantes e suas implicações frente aos demais poderes. A partir das análises desenvolvidas neste trabalho podemos afirmar que a referida corte pode ser classificada como ativista tendente à promover a judicialização da política.

A expressão judicialização da política tem duas acepções distintas: 1) refere-se à interferência de decisões judiciais no Poder Legislativo e Executivo e 2) a introdução de procedimentos de natureza judicial em diversas arenas políticas. Em que pese a ausência de consenso quanto a origem do referido fenômeno e definição precisa, é pacífico que a judicialização da política encontra-se disseminada por diversos países. Chester Neal Tate elencou algumas características que favorecem a judicialização da política, a saber, sistema político democrático; existência de um ordenamento institucional baseado na separação de Poderes; existência de uma carta de direitos; recurso ao Poder Judiciário por grupos de interesse; recurso ao Poder Judiciário pela oposição; inefetividade das instituições majoritárias em impedir o envolvimento de instituições judiciais em certas disputas políticas; percepções negativas acerca das instituições majoritárias e legitimação de instituições judiciais; algum grau de delegação de poderes de decisão das instituições majoritárias em favor de instituições judiciais. Estes fatores são cumulativos (nenhuma condição isolada seria suficiente a propiciar a judicialização da política) e exemplificativos, haja vista que outros autores, dentre eles Eduardo Meira Zauli e Luiz Werneck Vianna, apontam outros fatores igualmente relevantes.

A judicialização da política não deve ser entendida como a tentativa do poder judicante em prevalecer sobre os Poderes Legislativo e Executivo; trata-se de um novo arranjo democrático em busca da consolidação (e expansão) de direitos, bem como consolidação da própria democracia. Destina-se a identificar a dinâmica da expansão das fronteiras do sistema judicial e os seus efeitos institucionais, notadamente na política e/ou na operação dos sistemas democráticos. Nesse sentido, a Súmula Vinculante nº 13, bem como o Mandado de Injunção promovem judicialização da política do tipo *“from without”*, pois em ambos houve a reação do Judiciário à provocação de terceiro com a finalidade de revisar a decisão de um poder

político tomando como base a Constituição. Ao fazer a revisão, o Judiciário amplia seu poder frente aos demais atores institucionais, notadamente Executivo e Legislativo.

Temos por ativismo judicial a aplicação e interpretação da Constituição, levando-se em conta a supremacia hierárquica das normas constitucionais, a ampla referência a princípios, a imprecisão semântica da linguagem constitucional (frequentemente referida a conceitos indeterminados de cunho valorativo), a fundamentalidade da maior parte das normas formalmente constitucionais e a posição de supremacia funcional dos órgãos judiciários com atuação mais decisiva no tocante à interpretação/aplicação da Lei Maior.

Se na idéia de judicialização da política está em evidência a expansão das fronteiras do sistema judicial e os seus efeitos institucionais, notadamente na política e/ou na democracia, a noção de politização da justiça destaca os valores e preferências políticas dos atores judiciais como condição e efeito da expansão do poder das Cortes. A politização do Judiciário pressupõe atuação do magistrado guiada por suas concepções políticas, independente dos limites legais existentes, especialmente, a Constituição.

A partir do esboço das atribuições do Supremo Tribunal Federal ao longo das oito constituições brasileiras indicamos que a referida Corte nunca esteve dissociada da política. Ademais, a nomeação de magistrados, independentemente do nome atribuído a mais alta corte do Brasil, sempre foi prerrogativa do chefe do Executivo e, portanto, sempre esteve submetida à esfera política. Entretanto, o fato de os magistrados da aludida corte não serem eleitos não acarreta qualquer “déficit democrático” ou crise de legitimidade em sua atuação.

O exercício da jurisdição constitucional pós 1988 promoveu valorização do Supremo Tribunal Federal, especialmente a partir do advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, por atribuir à Corte competência para edição de súmula vinculante. Atualmente existem trinta e duas súmulas vinculantes; este trabalho abordou apenas a de número treze, atinente à proscrição do nepotismo. A partir da análise dos precedentes que ensejaram a edição da referida súmula percebemos prática de ativismo judicial, favorecido pela extensão dos princípios que devem nortear a administração pública, especialmente a impessoalidade, moralidade administrativa e eficiência. Também ficou evidenciada a judicialização da política, pois os demais poderes também ficaram obrigados a coibir o nepotismo.

O mandado de injunção é uma importante inovação da Constituição da República de 1988 e pode ser definido como garantia constitucional processual do exercício de direitos (constitucionais) inviabilizado por falta de norma regulamentadora. A atividade do Poder Judiciário, em sede de mandado de injunção, é legislativa (atípica), constitucionalmente

prevista (art. 5º, LXXI), por estabelecer e ordenar o modo através do qual o Direito deverá ser exercido.

A interpretação conferida a este remédio constitucional, a partir do Mandado de Injunção nº 107 QO, tornou-o praticamente inócuo, pois o exercício de direitos e liberdades constitucionais permanecia inviabilizado, haja vista que a Corte apenas reconhecia a inércia do poder público e exortava o Poder competente a editar a norma faltante, sem estabelecer qualquer medida jurisdicional que, concretamente, viesse viabilizar o exercício do direito reclamado.

Os Mandados de Injunção nº 670, 708 e 712 (todos versando acerca do exercício do direito de greve do servidor público) representam a mudança de paradigma no Supremo Tribunal Federal, pois consagraram a teoria concretista geral, que preconiza o exercício da norma constitucional através de uma normatividade geral, até que a omissão seja suprida pelo poder competente. Além de nítido ativismo judicial, os referidos mandados de injunção podem ser considerados judicialização da política, haja vista que o Supremo Tribunal Federal proporcionou suprimento normativo revestido de eficácia *erga omnes*. Ao se determinar a adoção, no que couber, da lei de greve vigente no setor privado, a Corte atuou ao alvedrio dos poderes Legislativo e Executivo e lhes impôs aceitar a legalidade da greve de seus servidores.

Pode-se afirmar que o Supremo Tribunal Federal tem preconizado a abertura à interpretação e a centralidade da jurisdição constitucional. Os mandados de injunção apresentados neste trabalho não demonstraram orientação tendente à centralidade dos direitos fundamentais. Evidenciou-se forte orientação pragmatista e adoção de discurso com escopo de ampliar as competências de conhecimento e, com isso, a criação de soluções normativas. O ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal a partir da atribuição de efeitos *erga omnes* aos mandados de injunção (via interpretação) e às súmulas vinculantes (introduzidas via emenda constitucional) preconiza a centralidade da referida corte frente aos demais poderes, mas, sobretudo, no âmbito do próprio Poder Judiciário, pois se reduz o espaço de atuação dos demais órgãos na dinâmica político-institucional interna ao Judiciário.

Uma provocação aos futuros trabalhos é saber se as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, com eficácia *erga omnes* e em franca função normativa, vão se revelar eficazes na obtenção dos resultados pretendidos. Afinal, entre a enunciação teórica da necessidade de expedição de súmulas vinculantes, adoção da posição concretista geral em sede de mandado de injunção e a expansividade dos princípios da administração pública (preconizados no art. 37, *caput*, da Constituição da República de 1988) em toda a federação

brasileira, pode haver o insuperável abismo existente entre as boas intenções e o mundo real. Subsistirá a dicotomia preconizada por Francisco José de Oliveira Vianna, na clássica obra “Instituições Políticas Brasileiras” entre o “país legal” e o “país real”? Parafrazeando João Guimarães Rosa, na obra “Grande sertão: veredas”, travessia.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ATALIBA, Geraldo. Judiciário e minorias. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília: [s.n.], v. 96, p. 189-194, 1977.

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. 4. ed. Rio de Janeiro: Organização Simões, 1951.

BARRETT, John Q. **Arthur M. Schlesinger, Jr. - in Action, in Archives, in History**. 2007. St. John's University School of Law, New York City. Disponível em: <<http://www.stjohns.edu/media/3/fb29f4a2aa0c4dd391ec8a3b2edc452c.pdf>>. Acesso em: janeiro 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Atualidades Jurídicas**. 2009, n. 4, janeiro e fevereiro, p. 1-29. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: janeiro 2011.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional positivo**. 9. ed. São Paulo, 1999.

BESTER, Gisela Maria. **Direito constitucional: fundamentos teóricos**. São Paulo: Manole, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Um olhar jurídico-constitucional sobre a judicialização da política. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas-Atlas, n. 245, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.

CARVALHO, Ernani Rodrigues. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. **Revista de Sociologia e Política**. Nov. 2004, n° 23, p.115 - 126. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782004000200011&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: janeiro 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. 13. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. São Paulo, v. 12, n° 34, p. 147-156, 1997.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da Política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: WERNECK VIANNA, Luiz. **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte/Rio de Janeiro: Convênio UFMG-IUPERJ-FAPARJ, 2002.

DAHL, Robert Alan. **Sobre a democracia**. Trad. Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

DELGADO, José Augusto. Princípio da moralidade administrativa e a Constituição Federal de 1988. In: **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 208-223, jan./mar. 1993.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de filosofia do direito**. Trad. António José Brandão. 5. ed. correcta e actualizada. Coimbra: Arménio Amado – Editor, Sucessor, 1979.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. Obra em 4 volumes. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 13. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião de promessas**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "Procedimental" da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Trad. Fábio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. 1, 1997.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O federalista**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. 1993.

HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Cambridge: Havard University, 2004.

HORTA, Raul Machado. **Estudos de direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

JUSTEN FILHO, Marçal. Agências reguladoras e democracia: existe um déficit democrático na "regulação independente?". **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, v.1, n.2, p.273-301, abr./jun. 2003.

LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou Altivez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum. 2010.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 15^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
LIMONGI, Fernando. A democracia no Brasil: presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório. **Revista Novos Estudos**. São Paulo: Cebrap, n.76, p.17-41, 2006.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. **Lua Nova**. 2002, n.57, p. 113-133. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n57/a06n57.pdf>>. Acesso em: janeiro 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. São Paulo: Saraiva, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. São Paulo: Dialética, 1999.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

OLIVEIRA VIANNA, José Francisco de. **Instituições políticas brasileiras**. 4 vol. Belo Horizonte: Itatiaia, 1987.

POGREBINSCHI, Thamy. Ativismo Judicial e Direito: considerações sobre o debate contemporâneo. **Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro: PUC, v. 9, n. 17, ago./dez. 2000.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 1. ed, 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROCHA, Álvaro Filipe Oxley da. O Governo Lula e a indicação de ministros para o Supremo Tribunal Federal. In: **Revista Debates**, Porto Alegre, v.4, n.2, p. 136-158, jul.-dez. 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Direito e democracia: a reforma global da justiça**. Porto: Afrontamento, 2001.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. **Revista Brasileira de Ciências Sociais** n. 30, ano 11, 1999. Disponível em: <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_30/rbcs30_07.htm>. Acesso em: janeiro 2011.

SCHMITT, Carl, **La defensa de la Constitución**. Madrid: Tecnos, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org). **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. Curitiba: Juruá, 2009.

VALLINDER, Torbjörn; TATE, C. Neal. **The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics**. New York: New York University. 1995.

WERNECK VIANNA, Luiz. **Corpo e alma da magistratura brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

WERNECK VIANNA, Luiz. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WERNECK VIANNA, Luiz; BURGOS, Marcelo. **A Democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG. 2002.

WERNECK VIANNA, Luiz, BURGOS, Marcelo Baumann, SALLES, Paula Martins. Dezessete Anos de Judicialização da Política. **Tempo Social**, revista de sociologia da USP, v. 19, n. 2, novembro 2007.

ZAULI, Eduardo Meira. Judicialização da política, Poder Judiciário e Comissões Parlamentares de Inquérito no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**, v. 47, n.185, p. 7-25, janeiro – março /2010. Disponível em: < <http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/198655/1/000881199.pdf>>. Acesso em: abril 2011.

OUTRAS FONTES

BRASIL. Constituição (1824) **Constituição Política do Imperio do Brazil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao24.htm>. Acesso em: maio 2011.

BRASIL. Constituição (1891) **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao24.htm>. Acesso em: maio 2011.

BRASIL. Constituição (1934) **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em: maio 2011.

BRASIL. Constituição (1937) **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm>. Acesso em: maio 2011.

BRASIL. Constituição (1946) **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm>. Acesso em: maio 2011.

BRASIL. Constituição (1967) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm>. Acesso em: maio 2011.

BRASIL. Constituição (1967) **Emenda Constitucional n. 1**, de 17 de outubro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: maio 2011.

BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: maio 2010.

BRASIL. Constituição (1988) **Emenda constitucional nº 45**, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em: maio 2010.

BRASIL. Código de processo penal (1941). **Decreto-Lei nº 3.689**, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: janeiro 2011.

BRASIL. Código de processo civil (1973). **Lei nº 5.869**, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em: maio 2010.

BRASIL. **Lei nº 8.038**, de 25 de maio de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8038.htm>. Acesso em: maio 2010.

BRASIL. **Lei nº 9.868**, de 10 de novembro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm>. Acesso em: janeiro 2011.

BRASIL. **Lei nº 11.417**, de 19 de dezembro de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11417.htm>. Acesso em: janeiro 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2010. **Jurisprudência**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso a partir de maio 2010.

MINAS GERAIS. Constituição (1989). **Constituição do Estado de Minas Gerais**. Disponível em: <<http://www.almg.gov.br/downloads/ConstituicaoEstadual.pdf>>. Acesso em: maio de 2010.

SÃO PAULO. Constituição (1989). **Constituição do Estado de São Paulo**. Disponível em <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/constituicao/1989/constituicao%20de%2005.10.1989.htm>>. Acesso em: maio de 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Constituição (1989). **Constituição do Estado do Rio Grande do Sul**. Disponível em: <<http://www.al.rs.gov.br/>>. Acesso em: maio de 2010.