



CÂMARA DOS DEPUTADOS
CENTRO DE FORMAÇÃO, TREINAMENTO E APERFEIÇOAMENTO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO PROFISSIONAL EM PODER LEGISLATIVO

Daniel Borges de Moraes

**O ATIVISMO JUDICIAL DO STF E A DECRETAÇÃO DA PERDA
AUTOMÁTICA DO MANDATO ELETIVO DOS DEPUTADOS FEDERAIS
CONDENADOS NO “MENSALÃO”**

Brasília
2015

Daniel Borges de Moraes

**O ATIVISMO JUDICIAL DO STF E A DECRETAÇÃO DA PERDA
AUTOMÁTICA DO MANDATO ELETIVO DOS DEPUTADOS FEDERAIS
CONDENADOS NO “MENSALÃO”**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial
para a obtenção do grau de Mestre
no Curso de Mestrado Profissional
do Programa de Pós-Graduação do
Centro de Formação, Treinamento e
Aperfeiçoamento da Câmara dos
Deputados/Cefor.

Orientador: Prof. Dr. João Ricardo Carvalho de Souza
Área de Concentração: Poder Legislativo
Linha de Pesquisa: Processos Políticos do Poder Legislativo

Brasília
2015

Autorização

Autorizo a divulgação do texto completo no sítio da Câmara dos Deputados e a reprodução total ou parcial, exclusivamente, para fins acadêmicos e científicos.

Assinatura: _____

Data: ___/___/___

Morais, Daniel Borges de.

O ativismo judicial do STF e a decretação da perda automática do mandato eletivo dos deputados federais condenados no “mensalão” [manuscrito] / Daniel Borges de Moraes. -- 2015.

123 f.

Orientador: João Ricardo Carvalho de Souza.

Impresso por computador.

Dissertação (mestrado) -- Câmara dos Deputados, Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento (Cefor), 2015.

1. Brasil. Supremo Tribunal Federal (STF). 2. Ativismo judicial, estudo de caso, Brasil. I. Título.

CDU 342.56(81)

**O ATIVISMO JUDICIAL DO STF E A DECRETAÇÃO DA PERDA
AUTOMÁTICA DO MANDATO ELETIVO DOS DEPUTADOS FEDERAIS
CONDENADOS NO “MENSALÃO”**

Trabalho de Conclusão do Curso de Mestrado em Poder Legislativo

Daniel Borges de Moraes

Banca Examinadora:

Prof. Dr. João Ricardo Carvalho de Souza
Presidente – Câmara dos Deputados

Prof. Dra. Cristiane Brum Bernardes
Examinador Interno – Câmara dos Deputados

Prof. Dr. Vallisney de Souza Oliveira
Examinador Externo – Universidade de Brasília

Brasília, 15 de julho de 2015.

Dedico este trabalho *in memoriam* de José **Afonso**
Gomes Junior.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pelo Dom da vida, renovada a cada dia em sua Comunhão, e a Nossa Senhora, minha mãe, por me ouvir, falar ao meu coração e ser minha intercessora junto ao Pai.

Aos meus pais, João Morais e Maria Floracy, pelo exemplo de vida, dedicação e amor.

Aos meus irmãos, Mizael, Regiane e Tatiane, pelo apoio, amor e amizade.

À minha noiva, Mirelle Mateus, pelo amor incondicional e apoio sempre demonstrado.

Aos meus familiares e amigos pela inigualável convivência.

Ao meu ilustre professor e orientador, João Ricardo Carvalho de Souza, pelos valiosos momentos de discussão e conhecimentos compartilhados.

Aos professores Cristiane Brum Bernardes, Vallisney de Souza Oliveira e Ricardo de João Braga, componentes da banca examinadora desta dissertação, pela atenção e disponibilidade.

"A democracia é a pior forma de governo imaginável, à exceção de todas as outras que foram experimentadas". (Winston Churchill)

RESUMO

O Poder Constituinte originário de 1988, ao constitucionalizar um extenso rol de direitos individuais e sociais, ampliar o rol de competências do Supremo Tribunal Federal, aumentar o número de legitimados a iniciar o controle concentrado de constitucionalidade e estender as possibilidades de ações constitucionais, contribuiu para um amplo e contínuo processo de concentração de poderes no STF que, alçado expressamente a condição de guardião da Constituição, assumiu uma posição de destaque e autoridade como mediador do equilíbrio entre os Poderes Legislativo e Executivo, mas também como protagonista de políticas públicas e de decisões sobre matérias tradicionalmente deliberadas pelas instâncias representativas. É neste contexto que o tema ativismo judicial ganhou força e atenção da literatura jurídica e política do mundo todo, bem como da mídia e de toda a sociedade. Na perspectiva multidimensional adotada nesta pesquisa, o ativismo judicial é uma postura de supremacia institucional do Poder Judiciário que, dentro de uma dada realidade sociopolítica e constitucional, expande seu poder político-decisório em face dos demais Poderes, manifestando-se em uma ou várias dimensões como, por exemplos: a) na criação de direito novo em substituição ao Parlamento; b) na implementação de políticas públicas em substituição ao Executivo; c) na descon sideração de atos praticados pelos demais atores políticos, mesmo que dentro dos limites de suas respectivas competências constitucionais ou legais; e d) na interpretação excessivamente ampliati va de normas e princípios constitucionais, de modo a concretizar programas e princípios que teriam sido estabelecidos pelo legislador constituinte originário. No caso da decretação pelo Supremo da perda automática dos mandatos dos deputados federais condenados no “mensalão”, esta pesquisa indica que a não observância pela Corte Constitucional da regra ínsita no art. 55, § 2º, da Constituição, segundo a qual caberia ao Plenário da respectiva Casa Legislativa, por maioria absoluta, decidir sobre a perda do mandato, foi circunstancial e parece ter sido fruto de um singular tecido sociopolítico que circunscreveu o julgamento, marcado por um cenário de permeabilidade do STF ao clamor de parcela da sociedade pela efetiva condenação dos “mensaleiros”. Essa dissertação possui uma abordagem essencialmente qualitativa e o procedimento fundamental para a coleta de dados foi a pesquisa bibliográfica, sendo também utilizada a pesquisa documental quando da análise de decisões judiciais e de notas taquigráficas de julgamentos do STF sobre o tema.

Palavras-Chave: Ativismo judicial. Supremo Tribunal Federal. Mensalão. Perda de mandato eletivo federal.

ABSTRACT

The constituent power of 1988 enhanced the role of the Supreme Federal Court (STF) as it constitutionalized a vast list of individual and social rights, extended the possibility of constitutional actions and widened the number of legitimized authors to file abstract constitutional control lawsuits. This scenery has contributed to an expansive and continuous process of power concentration in the Supreme Court, which is expressly the guardian of the constitution. The Court assumed a prominent position and authority as mediator of the balance between the legislative and the executive powers as well as protagonist of public policies and of decisions on matters traditionally deliberated by representative bodies. In this context, the theme judicial activism gained momentum and attention of the worldwide judicial and political doctrines, as well as the media and the whole society itself. According to the multidimensional approach adopted in this research, judicial activism is an institutional supremacy posture of the Judiciary. Therefore, in a particular social-political and constitutional reality, the Judiciary reinforces its political decision-making power, taking part on the political panorama in different dimensions, such as: a) assuming a typical activity of the Parliament by creating new law; b) deciding on implementation of public policies, assuming the role of the Executive; c) disregarding other political representative acts, even when performed within the limits of their respective constitutional or legal power; d) using overly broad interpretation of constitutional rules and principles in order to accomplish programs and principles that have been established by the original legislator. Considering the case of immediate disqualification by the Supreme Court of federal parliamentary deputies convicted in the case of “mensalão”¹, this research indicates that the rule in article 55, 2nd paragraph, of the Constitution – according to which it would be up to the Plenary of the Legislative House, by absolute majority, decide on the withdrawal or the preservation of the parliamentary mandate –, was disregarded by the Court in a casuistic judgement. Besides, the trial seems to be the result of a singular social political segment of the society that restricted the judgment distinguished by a scenery of STF permeability to the clamor for effective prosecution of corrupt politicians. This thesis has an essentially qualitative approach and the fundamental procedure for information gathering was the doctrine and also documental research by case study and official stenographer reports of the Supreme Court’s judgements about the subject.

Keywords: Judicial activism. Constitutional Court. *Mensalão*. Parliament members disqualification. Parliament members withdrawal.

¹ The word “mensalão” in portuguese is a neologism roughly meaning “big monthly allowance” and refers to a vote-buying case of corruption in Brazil.

LISTA DE FIGURAS E GRÁFICOS

Gráfico 1 – processos recebidos pelo STF	52
Figura 1 – Aceitabilidade das decisões do STF.....	57
Figura 2 – O caminho do dinheiro: valerioduto.....	72
Figura 3 – Os núcleos do “mensalão”.	73
Figura 4 – Fragmentação política da Câmara dos Deputados.	91

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Ministros nomeados pelos Presidentes militares que permaneceram no STF após a promulgação da Constituição de 1988.....	49
Tabela 2 – Conhecimento e repercussão social do julgamento da Ação Penal 470/MG	92
Tabela 3 – Confiança da população no Supremo Tribunal Federal.....	93
Tabela 4 – Avaliações do julgamento do “mensalão”	97
Tabela 5 – Lista dos Deputados que renunciaram para fugir da cassação após condenação no processo do “mensalão”	99
Tabela 6 – Lista dos congressistas que tiveram os mandatos cassados após 1988.	100

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
art.	Artigo
CP	Código Penal
CF/1988	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
Min.	Ministro
MS	Mandado de Segurança
PEC	Proposta de Emenda à Constituição
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
RE	Recurso Extraordinário
Mensalão	Ação Penal 470/MG/STF
Mensaleiros	Condenados na Ação Penal 470/MG/STF

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
1. O PODER JUDICIÁRIO E O ESTADO DE DIREITO LIBERAL, SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO	19
2. ATIVISMO JUDICIAL	30
2.1. Ativismo judicial: considerações gerais	31
2.2. Ativismo judicial: conceito	34
2.3. Ativismo Judicial vs. Judicialização da Política.....	42
2.4. Ativismo judicial no Brasil e o Supremo Tribunal Federal.....	46
2.4.1. Considerações preliminares	46
2.4.2. O Ativismo do Supremo Tribunal Federal.....	51
3. ATIVISMO JUDICIAL E A DECRETAÇÃO DA PERDA AUTOMÁTICA DO MANDATO ELETIVO DOS DEPUTADOS FEDERAIS CONDENADOS NO “MENSALÃO”	59
3.1. Quadro jurídico-constitucional	61
3.1.1. Razões utilizadas pelo STF para firmar seu entendimento primevo no sentido da impossibilidade da decretação judicial da perda do mandato eletivo federal de condenado criminalmente em decisão irrecorrível: RE 179.502/SP	66
3.1.2. Razões utilizadas pelo STF para firmar seu entendimento no sentido da possibilidade da decretação judicial da perda do mandato eletivo federal de condenado criminalmente em decisão irrecorrível: o caso do “mensalão”	70
3.1.3. Razões utilizadas pelo STF para retornar ao seu entendimento inicial no sentido da impossibilidade da decretação judicial da perda do mandato eletivo federal de condenado criminalmente em decisão irrecorrível: Ação Penal 565/RO.....	85
3.2. Contexto político-social do “mensalão”	90
3.3. As dimensões do ativismo do STF na decretação da perda automática do mandato dos parlamentares federais condenados no “mensalão”	98
CONCLUSÃO	111
REFERÊNCIAS	117

INTRODUÇÃO

Após a Segunda Guerra Mundial, redefiniu-se o papel das Constituições no seio das instituições contemporâneas, com uma nítida aproximação entre as ideais do constitucionalismo e da democracia, dando origem a uma nova forma de organização política. Era o nascimento do que se conhece por Estado Democrático de Direito.

As normas constitucionais ganharam força normativa e expressão jurídica. A Carta Magna deixava de ser mero documento político ou carta de intenções, sujeita simplesmente à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador, e dotava-se de imperatividade e coatividade.

O texto constitucional tornou-se a baliza mestra de todo sistema jurídico, dando validade e sentido às demais normas e à atuação/relação entre os Poderes e entre estes e os particulares:

Relativamente ao Legislativo, a constitucionalização (i) limita sua discricionariedade ou liberdade de conformação na elaboração das leis em geral e (ii) impõe-lhe determinados deveres de atuação para realização de direitos e programas constitucionais. No tocante à Administração Pública, além de igualmente (i) limitar-lhe a discricionariedade e (ii) impor a ela deveres de atuação, ainda (iii) fornece fundamento de validade para a prática de atos de aplicação direta e imediata da Constituição, independentemente da interposição do legislador ordinário. Quanto ao Poder Judiciário, (i) serve de parâmetro para o controle de constitucionalidade por ele desempenhado (incidental e por ação direta), bem como (ii) condiciona a interpretação de todas as normas do sistema. Por fim, para os particulares, estabelece limitações à sua autonomia da vontade, em domínios como a liberdade de contratar ou o uso da propriedade privada, subordinando-a a valores constitucionais e ao respeito a direitos fundamentais. (BARROSO, 2005)

Neste contexto, fruto de um processo de redemocratização e forjada a partir de uma intensa miscelânea de interesses de grupos de pressão dos mais variados e, por vezes, contrapostos, como trabalhadores, empresários, funcionários públicos e populações indígenas, a Carta de 1988 reuniu em seu bojo desde um extenso rol de direitos individuais e sociais, até a

manutenção do Colégio Pedro II na órbita federal², constitucionalizando, assim, aspectos de todos os ramos do direito infraconstitucional e da vida social:

As constituições, em geral, buscam demarcar as diferenças entre o regime deposto e aquele por ela arquitetado. Esta lógica também esteve presente nas transições portuguesa, de 1976, brasileira, de 1988, sul-africana, de 1996, ou mesmo Indiana, de 1950, elaboradas no contexto do processo de descolonização. Nestes casos, no entanto, havia uma ambição constitucional adicional. Estas Constituições não representam apenas marcos de transição para a democracia, mas explicitamente foram incumbidas de liderar o processo de mudança social (VIEIRA, 2008, p. 444).

Além do mais, a Carta Política de 1988 contemplou o juiz com um robusto sistema de controle da constitucionalidade de leis, permitindo que ele deixe de aplicar determinada lei, quando, motivadamente, a entender contrária à Constituição Federal ou aos seus princípios, assim como lhe confiou a responsabilidade de zelar pelo cumprimento dos programas/projetos feitos pelo Constituinte originário.

Aliada a essa conjuntura constitucional, autores, como Ferejohn (2002) e Garapon (1999), entendem que o avanço da Justiça na arena política (GRIM, 2006) deve-se, entre outras causas, a uma crise de legitimidade que assola as instituições representativas, aos vazios institucionais decorrentes da inércia do Executivo e do Legislativo na concretização dos direitos fundamentais e a intensa fragmentação do poder político nas democracias modernas, a qual dificulta a formação de consensos e, por conseguinte, a eficiência decisória das instâncias representativas:

Alguns fatores relacionados com o aumento assustador das causas nas Cortes Brasileiras, dentre tantos, podem aqui ser arrolados: o aumento da população ativa e consumidora de bens; a infância perdida e os caminhos tortuosos da criminalidade em todas as camadas sociais; o crescente número de jovens e a necessidade de sua inserção no mercado de trabalho; a extensão da concentração urbana, da favela, da miséria e o insuficiente amparo à família; o

² Art. 242 da CF/1988. O princípio do art. 206, IV, não se aplica às instituições educacionais oficiais criadas por lei estadual ou municipal e existentes na data da promulgação desta Constituição, que não sejam total ou preponderantemente mantidas com recursos públicos.

§ 1º - O ensino da História do Brasil levará em conta as contribuições das diferentes culturas e etnias para a formação do povo brasileiro.

§ 2º - O Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal (grifou-se).

crescimento do número de pessoas com conhecimento de seus direitos e dos modos de obtê-los, inclusive pela maciça atuação da mídia que, com facilidade, chega a quase todos os lares; a divulgação pela imprensa das mazelas éticas dos governantes, como a corrupção e o peculato, incentivadores da cultura da impunidade; o anseio pela população por terra, casa, escola, lazer e por outros bens, essenciais ou supérfluos (OLIVEIRA, 2008, p. 54).

Esses fatores contribuíram para a expansão da atuação e do poder dos tribunais, especialmente do Supremo Tribunal Federal, como sujeito ativo no contexto político-decisório, intensificando o relacionamento e os conflitos entre os Poderes, bem como a discussão acerca do pujante protagonismo político das Cortes, sobretudo as Constitucionais.

Essa atuação tem problematizado, sob a égide da teoria da separação de poderes, a relação entre juízes e legisladores, inaugurando “um tipo inédito de espaço público, desvinculado das clássicas instituições político-representativas” (CITTADINO, 2002, p. 17), o que fez com que temas como o ativismo judicial ganhasse força e atenção da literatura jurídica e política do mundo todo.

No Brasil, o STF tem desempenhado um papel ativista em questões de largo alcance político³, inclusive no que tange à implementação de políticas públicas, à regulação de temas político-eleitorais e à decisão de temas moralmente controvertidos, como foram os casos, por exemplos, da demarcação de terras indígenas, da verticalização das coligações, do reconhecimento civil da união homoafetiva e da possibilidade da utilização de células tronco-embrionárias em pesquisas científicas.

Outro caso emblemático que será objeto de análise nesta dissertação trata-se da competência para a decretação da perda do mandato eletivo federal em face de condenação criminal em sentença transitada em julgado, objeto de decisão ativista do STF, quando da interpretação/aplicação dos arts. 15, III, e 55, VI e § 2º, da CF/1988⁴ no caso da Ação Penal 470/MG

³ Uma decisão que toma partido em questões morais que dividem o público em linhas partidárias e não podem ser resolvidas por análises especializadas, impostas por razões legais convencionais, é uma decisão política (SOARES, 2010, p. 40).

⁴ Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:
I - cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado;

II - incapacidade civil absoluta;

III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos; (...)

Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador: (...)

(midiaticamente conhecida como “mensalão”):

As condenações criminais, que não podem ser citadas como exemplos de ativismo, e a definição pela perda automática dos mandatos, essa sim exemplo contundente, colocaram o Supremo em rota de colisão com o Congresso Nacional, liderado pelo Partido dos Trabalhadores e aliados. Além de incomodados com a condenação de alguns de seus membros, o Congresso não admitiu, principalmente, perder a palavra final sobre os destinos dos mandatos parlamentares dos condenados (CAMPOS, 2014, p. 13).

Busca-se refletir, com amparo na literatura nacional e internacional, acerca do seguinte problema de pesquisa: Como se manifestou o ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal na decretação da perda automática do mandato dos parlamentares federais condenados no julgamento do “mensalão”?

A resposta a essa pergunta e, antes disso, a investigação necessária a sua elucidação, possibilitarão o reconhecimento da atual postura ativista da Corte Constitucional brasileira em face dos demais Poderes, bem como o processo histórico, político e social que a conformou.

O debate ora posto justifica-se pela relevância que o tema, expansão do controle judicial da atividade política no Brasil, tem ocupado nos foros da Ciência Política e do Direito, provocando discussões e reações no meio acadêmico, na mídia, no Congresso Nacional e na sociedade em geral⁵.

Os objetivos específicos almejados ao longo dessa dissertação são: a) entender as condições históricas e institucionais que possibilitaram o surgimento do ativismo judicial no mundo e no Brasil; b) refletir acerca da pluralidade de conceitos e de dimensões do ativismo judicial; e c) estudar a manifestação do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal na decretação da perda automática do mandato dos parlamentares federais condenados no

IV - que perder ou tiver suspensos os direitos políticos;

V - quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição;

VI - que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado.

§ 1º - É incompatível com o decoro parlamentar, além dos casos definidos no regimento interno, o abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional ou a percepção de vantagens indevidas.

§ 2º Nos casos dos incisos I, II e VI, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 76, de 2013) (grifou-se)

⁵ O impacto da expansão da atividade do Judiciário apresenta grande potencial de análise e, por isso, tem sido alvo de reflexão e pesquisa (NUNES JUNIOR, 2014, p. 97).

juízo do “mensalão”.

O sucesso de um estudo científico ou, ao menos, pretensamente científico, depende do desenvolvimento de uma metodologia de pesquisa, dos “instrumentos básicos que ordenam de início o pensamento em sistemas, traçam de modo ordenado a forma de proceder do cientista ao longo de um percurso para alcançar um objetivo” (FERRARI, 1974, p. 24).

Neste trilhar, esta dissertação, de abordagem essencialmente qualitativa, é exploratória, pois “objetiva proporcionar uma visão geral, de tipo aproximativa” e aplicada, porquanto visa à aplicação, à utilização e às consequências práticas dos conhecimentos gerados (GIL, 1995, p. 44).

A pesquisa qualitativa foi escolhida porque é flexível, permitindo a compreensão e a descrição de fenômenos, bem como a colheita de resultados expositivos. Ela permite que o investigador realize induções e analise hermeneuticamente os dados.

Ademais, entende-se que o ativismo judicial deve ser reconhecido/identificado essencialmente por critérios qualitativos⁶, pois capaz de revelar e medir o impacto político e social de cada decisão tida como ativista e de reconhecer a intervenção institucional do Judiciário nos demais Poderes.

O procedimento fundamental para a coleta de dados será a pesquisa bibliográfica, sendo também utilizada a pesquisa documental, quando da análise de decisões judiciais e de notas taquigráficas das discussões no âmbito do STF sobre a questão da perda do mandato eletivo federal em sede de condenação criminal irrecorrível.

Nesta perspectiva, a partir de uma síntese das condições históricas e institucionais que possibilitaram a proeminência do protagonismo político do Poder Judiciário (Capítulo 1), reflete-se a pluralidade de conceitos e de dimensões do ativismo judicial (Capítulo 2), para, por fim, analisar o caso particular, qual seja, a decretação pelo Supremo da perda automática dos mandatos dos deputados federais condenados no “mensalão” (Capítulo 3).

⁶ Thamy Pogrebinski, no seu livro, “Judicialização ou Representação? Política, direito e democracia no Brasil”, Cass Robert Sunstein, em “*Radicals in robes: why extrem right-wing Courts are wrong for America*” e José de Ribamar Barreiros Soares, na obra “Ativismo Judicial no Brasil: O Supremo Tribunal Federal como arena de deliberação política”, são exemplos de autores que também utilizaram critérios quantitativos para a identificação do ativismo judicial.

1. O PODER JUDICIÁRIO E O ESTADO DE DIREITO LIBERAL, DE BEM-ESTAR SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Antes de adentrar na discussão referente ao ativismo judicial propriamente dito, imperioso realizar uma breve contextualização das condições históricas e institucionais que possibilitaram o seu surgimento, enquanto reflexo da expansão do poder político-decisório de juízes e Cortes.

O Estado de Direito Liberal, contrapondo-se ao Estado monárquico⁷ e sob influência do Iluminismo⁸, buscou romper a ideia de continuidade que havia entre o indivíduo, sobretudo o monarca, e a sociedade política, propondo uma autonomia individual calcada na separação entre o Estado e a sociedade, em contraposição aos privilégios naturais, típicos de uma sociedade feudal estamental:

Nesse paradigma – o do Estado Liberal –, há uma divisão bem evidente entre o que é público, ligado às coisas do Estado (direitos à comunidade estatal: cidadania, segurança jurídica, representação política etc.) e o privado, mormente, a vida, a liberdade, a individualidade familiar, a propriedade, o mercado (trabalho e emprego) etc. Essa separação dicotômica (público/privado) era garantida por intermédio do Estado, que lançando mão do império das leis, garantia a certeza das relações sociais por meio do exercício estrito da legalidade (MAULAZ, 2010).

A separação entre os Poderes tornou-se princípio no Estado liberal, condição indispensável para a existência de uma Constituição, sendo de relevante significado constitutivo, não só enquanto princípio organizatório, mas também enquanto princípio ao serviço dos direitos fundamentais de liberdade (PIÇARRA, 1989, p. 145).

Inclusive, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, um dos marcos da Revolução Francesa, proclamou, em seu art. 16, que “a

⁷ O direito e a organização política pré-modernos [leia-se antes do advento do Estado Liberal] encontravam fundamento, em última análise, em um amálgama normativo indiferenciado de religião, direito, moral, tradição e costumes transcendentemente justificados e que essencialmente não se discerniam. O Direito é visto como a coisa devida a alguém, em razão de seu local de nascimento na hierarquia social tida como absoluta e divinizada nas sociedades de castas, e a justiça se realiza, sobretudo, pela sabedoria e sensibilidade do aplicador (CARVALHO NETTO, 1999, p. 477).

⁸ O Iluminismo, também conhecido como Século das Luzes e como Ilustração foi um movimento cultural da elite intelectual europeia do século XVIII que procurou mobilizar o poder da razão, a fim de reformar a sociedade e o conhecimento herdado da tradição medieval. Abarcou inúmeras tendências e, entre elas, buscava-se um conhecimento apurado da natureza, com o objetivo de torná-la útil ao homem moderno e progressista (In: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Iluminismo>).

sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

Interessante notar, ainda, a importância do papel dos *Founding Fathers* (“Pais Fundadores”) norte-americanos, no sentido de viabilizar a convocação da doutrina da separação de poderes em um princípio constitucional, de modo que, já em 1787, os Estados Unidos da América positivaram em sua Constituição a divisão funcional dos poderes, conferindo, por meio de sua Lei Fundamental, o papel de cada um deles – Legislativo (art. 1º), Executivo (art. 2º) e Judiciário (art. 3º) – na conformação das funções político-constitucionais básicas (MALDONADO, 2010, p. 8).

A normatização da separação de poderes não foi reflexo de um anseio ideológico da nova classe dominante, no caso a burguesia, muito pelo contrário, com a queda do absolutismo e a remoção do monarca do poder, temeu-se a assunção do poder pelo povo. Daí a opção por uma “solução intermediária, relativista, que, de um lado, afastava o despotismo do rei e, de outro, não entregava o poder ao povo” (BONAVIDES, 2011, p. 70).

No ideal liberal, a garantia dos direitos fundamentais dependeria da limitação do poder político do Estado, de modo que nenhum Poder pudesse suprimir a competência do outro sem antes violar a Constituição:

O Estado de Direito criou a figura do direito subjetivo público, isto é, a possibilidade do cidadão, sendo o titular do direito, ter a faculdade de exigi-lo (*facultas agendi*) em desfavor do Estado, regulando a atividade política, situação que não era prevista no Absolutismo, no qual apenas estabelecia direito subjetivo dos indivíduos nas suas relações recíprocas, isto é, o cidadão podia exigir o cumprimento de uma obrigação pactuada com outro cidadão, mas não em face do Estado (LA BRADBURY, 2006).

O momento histórico em que foram cunhados os primeiros direitos fundamentais, oposição ao Estado monárquico, explica o porquê de os primeiros direitos fundamentais serem destinados a manutenção do *status libertatis*.

Referem-se às liberdades clássicas, surgidas nos finais do Século XVIII, correspondentes à fase inaugural do constitucionalismo no Ocidente. Foram frutos das revoluções liberais francesas e norte-americanas, nas quais a burguesia reivindicava o respeito às liberdades individuais, com a conseqüente

limitação dos poderes absolutos do Estado, do qual se exigia, principalmente, uma abstenção e não uma prestação, possuindo assim um caráter negativo, tendo como titular o indivíduo (DIÓGENES JÚNIOR, 2012).

Bonavides (1993, p. 512) afirma que esses direitos fundamentais de “primeira geração” representam os direitos civis e políticos, os quais ainda hoje continuam a integrar os catálogos das Constituições, embora com conteúdo não idêntico.

Nesta quadra, a fim de garantir a liberdade, a propriedade, o devido processo legal e o direito de defesa em face de uma possível arbitrariedade estatal, cunhou-se um Judiciário desvinculado institucionalmente dos demais Poderes, no entanto, adstrito a um critério normativo geral e abstrato previamente estabelecido⁹:

Os [burgueses]/capitalistas idealizaram a criação de um único ordenamento jurídico, defendendo a igualdade formal, no qual todos eram iguais perante a lei, que possuía conteúdo geral e abstrato, aplicando-se indiscriminadamente a todos os grupos sociais, não permitindo o estabelecimento de prerrogativas para determinada classe em detrimento das outras, surgindo o conceito de Estado de Direito e a figura da Constituição (LA BRADBURY, 2006).

Empossada do poder político, não interessava a classe burguesa outra coisa que não uma igualdade formal, que se estendia apenas no domínio jurídico às demais classes sociais. Disso não advinha para a burguesia dano algum, senão “muita vantagem demagógica, dada a completa ausência de condições materiais que permitissem às massas transpor as restrições do sufrágio e (...) concorrer ostensivamente, por via democrática, à formação da vontade estatal” (BONAVIDES, 1993. p. 31).

Assim, em se tratando de um Estado fundado no dever ser, na lei, a supremacia era traduzida no Legislativo. Os Poderes Executivo e Judiciário, subordinados ao Parlamento, aparecem como uma técnica-organizatória destinada a assegurar a soberania da lei, enquanto promotora da liberdade dos cidadãos. Não é admitida, pois, qualquer interferência na função legislativa, a

⁹ Trata-se de outra tática da burguesia, pois se sabe que o sistema feudal possuía uma estrutura estamental ou de ordens, isto é, era composto por várias classes sociais, a que correspondiam diferentes ordenamentos jurídicos. Essa pluralidade de textos legais vigentes representava que a lei e a jurisdição eram distintas, variando conforme o grupo social do destinatário da norma. Tal situação acabava fazendo com que a realeza e a nobreza tivessem uma série de privilégios, enquanto a burguesia era discriminada (LA BRADBURY, 2006).

exemplo de veto executivo ou controle judicial da constitucionalidade de leis (PIÇARRA, 1989, p. 165-166).

Esse entendimento formal da impossibilidade do controle mútuo entre os Poderes não prosperou, pois foi incapaz de superar a realidade fática da sociedade, notadamente formada por diferentes grupos de interesses, o que colocou em choque dois grupos teóricos divergentes: de um lado aqueles que não admitiam qualquer sistema de freios e contrapesos entre os órgãos constitucionais democraticamente eleitos, uma vez que apenas o povo eleitor poderia interferir no funcionamento dos órgãos estatais; do outro, quem acredita na necessidade de um efeito limitativo entre os Poderes, como o veto presidencial, a fim de evitar uma eventual tirania da maioria. A Constituição americana de 1787 marcou a prevalência dos últimos e um novo dogma para a teoria constitucional moderna.

Em “O Federalista” (*The Federalist Papers*), conjunto de 85 artigos escritos por Alexander Hamilton, John Jay e James Madison, publicados em Nova Iorque/EUA, com o propósito de convencer a população a apoiar a nova proposta de Constituição americana, com a adoção de um pacto federativo em substituição ao confederalismo vigente após a independência das treze colônias da Inglaterra, tem-se importante documento que traduz algumas das ideias que permeava aquela contextura histórica, sobretudo no que tange ao ideal norte-americano de conformação dos Poderes.

Nestes *papers*, podem-se distinguir três temas principais: o federalismo, a separação de poderes e a república, sendo clara, quando da sua leitura, a influência da teoria tripartite de Montesquieu, bem como a sua concepção de poder limitando poder:

Assim, do empirismo britânico, da racionalização de Montesquieu e do pragmatismo norte-americano, exsurge o que (...) será o principal elemento caracterizador do princípio da separação dos poderes no Direito Contemporâneo, o sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*) (MALDONADO, p. 17).

A Constituição norte-americana foi a primeira a adotar a separação entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário fora de uma estrutura monárquica, desenvolvendo mecanismos internos de interação, de

freios e contrapesos entre os órgãos do Estado:

O gênio do sistema foi criar uma engenharia institucional que não só promoveu a divisão do poder, como garantiu a autonomia das duas esferas federais através de um mecanismo de *checks and balances*, no qual as instituições políticas se limitavam umas às outras, propiciando o equilíbrio federativo. (SOARES, 1998, p. 140)

Desse modo, ao contrário do que ocorrera, inicialmente, na Europa, entendeu-se que o primado da lei não podia ser traduzido na supremacia parlamentar, tampouco na impossibilidade de controle interorgânico do Parlamento. Daí a necessidade da independência do Poder Executivo e do direito de veto exercido por uma figura nova, o presidente.

O trecho abaixo do artigo federalista nº 51 simboliza bem o espírito norte-americano no sentido de equilíbrio entre os Poderes em detrimento do protagonismo legislativo:

Mas a desgraça é que, como nos governos republicanos o Poder Legislativo há de necessariamente predominar, não é possível dar a cada um dos outros meios suficientes para a sua própria defesa. (...)

O veto absoluto é, à primeira vista, a arma mais natural que pode dar-se ao Poder Executivo para que se defenda: mas o uso que ele pode fazer dela pode ser perigoso e mesmo insuficiente. (...)

Para manter a separação dos poderes, que todos assentam ser essencial à manutenção da liberdade, é de toda necessidade que cada um deles tenha uma vontade própria; e, por consequência, que seja organizado de tal modo que aqueles que o exercitam tenham a menor influência possível na nomeação dos depositários dos outros poderes (HAMILTON; MADISON, p. 131).

Ademais, será em solo americano que, pela primeira vez, o Poder Judiciário, a partir do controle de constitucionalidade de leis, integrará efetivamente o esquema de equilíbrio entre Poderes:

A Constituição não funciona aqui como um mero repositório de princípios políticos, carecidos de força jurídica vinculativa, mas como norma fundamental fornecedora de critérios ou parâmetros jurídico-materiais de validade dos atos dos três Poderes constituídos, para cuja observância concorrem recíprocos controles interorgânicos. Tal parâmetro consubstancia-se, essencialmente no catálogo constitucional dos direitos fundamentais (PIÇARRA, 1989, p. 206).

Embora com nomenclatura diversa, o início da discussão sobre ativismo judicial é contemporâneo ao surgimento, nos Estados Unidos, do controle judicial de constitucionalidade de leis em 1803, quando do julgamento do célebre caso *Marbury X Madison*¹⁰.

O modelo essencialmente jurídico de conformação dos Poderes defendido pelo Estado de Direito Liberal não se sustentou por si só, tendo sido constatado, que, na verdade, o ordenamento exerce uma função de natureza política, pois intrínseco a sua existência o mister de solucionar questões sociais controversas. Inclusive, como se verá no Capítulo que se segue, essa é uma das condições facilitadoras para a manifestação do ativismo judicial.

Neste contexto, a lei passou a não mais ser reconhecida como apenas uma regra de direito, mas um instrumento político. Algo inconcebível no Estado Liberal, em que a lei era tida como um conceito puramente jurídico, geral e abstrato, sem qualquer acepção/opção política.

A lei converteu-se no principal instrumento de mudança social no Estado Social ou Estado de bem-estar social, caracterizado pela necessidade fática da imposição de deveres sociais ao Estado, a fim de mitigar as distorções econômicas, a miséria e as péssimas condições de vida da classe trabalhadora:

A burguesia, hesitando a expansão dos ideais pregados pela Revolução [operária] Russa, adotou mecanismos que afastassem os trabalhadores da opção revolucionária, surgindo, então, o Estado Social, com as seguintes características: intervenção do Estado na economia, aplicação do princípio da igualdade material e realização da justiça social. (...) Passou a defender o intervencionismo estatal no campo econômico e social (...) com o único intuito de conter esse avanço [popular] (LA BRADBURY, 2006).

O Estado Social altera a lógica da relação entre o poder público e o poder privado. Se no paradigma do Estado Liberal exigia-se o Estado mínimo, se a sociedade tinha medo do Estado e exigia dele apenas direitos de liberdade negativa e de igualdade formal, agora as demandas são outras. Era

¹⁰ Nos Estados Unidos, o ativismo é fenômeno verificado desde o paradigmático caso *Marbury v. Madison*, de 1803, quando a atuação do Judiciário no controle da constitucionalidade das leis passou a exercer um papel de destaque na vida política e social daquele país. Transpareceram do voto do juiz John Marshall, Chief Justice da Suprema Corte, as conexões entre a questão política, de um lado, e a discricionariedade administrativa e a lesividade do direito individual, de outro, conexões que viriam a repercutir sobre toda a doutrina mundial acerca do tema (NUNES JUNIOR, 2014, p. 98).

preciso a promoção de ações positivas em prol da coletividade. A "delimitação entre direito público e direito privado deixa de ser ontológica para assumir mera feição didático-pedagógica. A rigor, todo direito é público no Estado Social" (PINTO, 2003, p. 40).

As prestações positivas do Estado expressam os chamados "direitos de segunda geração", direitos de conteúdo econômico e social, compreendendo, dentre outros, o direito ao trabalho, à saúde, ao lazer, à educação e à moradia, os quais foram constitucionalizados em diversas Constituições, a exemplo da mexicana, de 1917, da Alemã, de 1919 (Weimar), a mais conhecida, e da brasileira, de 1934.

A propósito, a atual Carta Magna brasileira elenca um rol de direitos sociais em seu art. 6º: "são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição".

No entanto, "a assunção de um Estado-Administrador, dando grande ênfase aos trabalhos do Poder Executivo, e a instituição de jurisdições constitucionais, destinadas, essencialmente, à tutela da distribuição de competências do Estado" (GONÇALVES, 2009, p. 138), não tiveram o condão de promover a pretendida justiça social, tampouco permitiram a efetiva participação democrática do povo no processo político, pelo contrário, houve o agigantamento do Estado e a proeminência de regimes autoritários, tendo sido a estrutura política do Estado do Bem-Estar social utilizada pela Alemanha nazista, Itália fascista, Espanha franquista, Inglaterra de Churchill, assim como pelo Brasil de Vargas.

Desse modo, no pós-guerra, percebeu-se que tanto uma democracia sem as garantias do constitucionalismo, isto é, com concentração de poderes e ausência mecanismos de defesa dos direitos fundamentais, quanto o constitucionalismo sem a democracia poderiam resultar em verdadeiras catástrofes humanitárias (GONÇALVES, 2009, p. 139).

Daí a necessária coexistência entre a legalidade, a origem eleitoral do poder político e a soberania popular, o que, por fim, deu origem ao Estado Democrático de Direito:

O Estado Democrático de Direito cria os "direitos de terceira geração", que se situam no plano do respeito, de conteúdo fraternal, compreendendo os direitos essenciais ou naturalmente coletivos, isto é, os direitos difusos e os coletivos *strictu sensu*, passando o Estado a tutelar, além dos interesses individuais e sociais, os transindividuais (ou metaindividuais), que compreendem, dentre outros, o respeito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a paz, a autodeterminação dos povos e a moralidade administrativa (LA BRADBURY, 2006).

Nesse período, tem-se a expansão da Justiça Constitucional, que, na Europa, é tida como uma revolução no papel institucional do Poder Judiciário, marcada pela difusão de um novo modelo de constituição: rígida; titular da primazia normativa e axiológica, superando-se a ideia de supremacia parlamentar e comprometendo-se com a defesa e o desenvolvimento dos direitos fundamentais (CAMPOS, 2014, p. 31):

Este processo de expansão da autoridade judicial, contudo, torna-se mais agudo com a adoção de Constituições cada vez mais ambiciosas. Diferentemente das Constituições liberais, que estabeleciam poucos direitos e privilegiavam o desenho de instituições políticas voltadas a permitir que cada geração pudesse fazer as suas próprias escolhas substantivas, por intermédio da lei e de políticas públicas, muitas Constituições contemporâneas são desconfiadas do legislador, optando por sobre tudo decidir e deixando ao Legislativo e ao Executivo apenas a função de implementação da vontade Constituinte, enquanto ao Judiciário fica entregue a função última de guardião da constituição (VIEIRA, 2008, p. 443).

A supracitada identificação entre constitucionalismo e democracia no seio das instituições contemporâneas marca um processo mundial de alteração do epicentro do poder, que se desloca do modelo de supremacia legislativa, na linha das doutrinas inglesa e francesa, para o novo padrão de inspiração americana de preponderância das Constituições. A consequência foi a expansão da jurisdição constitucional¹¹ e do controle de constitucionalidade, associados à criação e à expansão da importância e da atuação política do Judiciário (BARROSO, 2005).

¹¹ Valle define a jurisdição constitucional como sendo "um conjunto de categorias jurídicas, novas ou conhecidas, que na sua delimitação original ou com fronteiras refixadas, vêm se apresentando como parâmetros teóricos a justificar uma tendência expansionista dos poderes decisórios do Supremo Tribunal Federal. Uma vez mais, a estratégia é efetivar um sistema de controle de constitucionalidade que não descarte o raciocínio empreendido pela Corte e, portanto, não perca o conhecimento já adquirido e adapte e atualize os conceitos, nos termos da nova realidade" (VALLE, 2009, p.59).

Há também um massivo processo de internacionalização dos Direitos Humanos e o “adensamento da normatização de interesses coletivos e difusos em temas como meio-ambiente e direito consumidor, em decorrência de certos modelos estatais interventivos, como protagonista de políticas de bem-estar social” (VIEIRA, 2009, p. 45).

A essa novel conjuntura convencionou-se chamar de neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, desenvolvido na Europa, ao longo da segunda metade do Século XX, e, no Brasil, após a Constituição de 1988:

Em suma: o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito. (BARROSO, 2005)

Segundo John Ferejohn (2002, p. 43), a necessidade de garantir que o processo legislativo ordinário fosse regulado por valores fundamentais foi sentida especialmente na Itália e na Alemanha, porquanto haviam fracassado completamente no respeito aos direitos humanos. A mesma desconfiança recaía sobre os tribunais comuns, que pouco haviam feito para controlar ou limitar o impacto da legislação autoritária.

Foi necessário, pois, a criação de novas Cortes Constitucionais, com o poder de derrubar leis contrárias à constituição e de manter a independência do Judiciário, de modo a assegurar os novos valores do constitucionalismo, principalmente a validade prática dos direitos fundamentais.

Em termos de Velho Mundo, dê-se relevo ao Tribunal Constitucional Alemão¹² (1949) e à Corte Constitucional da Itália¹³, ativistas

¹² A atuação do Poder Judiciário [alemão] revelou-se de extrema importância para a determinação da dinâmica do processo político e de seus resultados em diversas áreas substantivas, que vão desde a

desde o seu nascedouro na proteção dos direitos fundamentais em face dos poderes políticos. Além dessas, também tem relevância a Justiça Constitucional da Espanha¹⁴.

Na América Latina, destaque às Cortes Constitucionais brasileira e colombiana. Nessa última, o ativismo tem se manifestado: (a) no combate à corrupção política; (b) no controle da decretação de estados de exceção pelo Governo; (c) na proteção das minorias; e (d) na gestão da política econômica, para fins de promoção dos direitos sociais (YEPES, 2007)¹⁵:

Nos países da América Latina e em várias novas democracias, o debate sobre a relação entre política e direito tomou um novo rumo. Depois de centrar-se na dependência do Poder Judiciário com respeito ao poder político, ante a crescente importância que adquire a atividade judicial, inicia uma virada em direção à forma em que o poder judiciário intervém e processa conflitos políticos. Em outras palavras, a balança começou a inclinar-se desde a preocupação pela dependência do poder Judiciário à preocupação pela dependência do poder político das decisões judiciais¹⁶ (ANSOLABEHRE, 2005, p. 39, tradução do autor).

Na África e na Ásia, ênfase a da África do Sul¹⁷, importante por

política externa (*Ostpolitik*) até a política universitária e a política de relações industriais (CASTRO, 1997, p. 149).

¹³ A atuação da Corte Constitucional italiana tem sido decisiva para o exercício do direito de greve, a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares e o combate ao crime organizado e à corrupção na política (NUNES JUNIOR, 2014, p.100).

¹⁴ A atuação política do Tribunal Constitucional espanhol torna-se cada vez mais importante, à medida que contribui para reduzir e pacificar os conflitos entre o Estado e as Comunidades Autônomas, principalmente as mais poderosas, que são a Catalunha e o País Basco (NUNES JUNIOR, 2014, p. 100).

¹⁵ Em relação ao papel das Cortes colombianas no combate a corrupção política, válido consignar, a título de exemplo, o caso do Presidente Samper (1994-1998), quando, tal como elucidou YEPES (2007), houve uma crise política advinda da luta dos juízes contra a utilização do dinheiro do narcotráfico nas campanhas eleitorais. Digno de nota também o controle dos excessos do Executivo na decretação de estado de exceção por meio da atitude da Corte Constitucional de exercer o controle do mérito dos motivos ensejadores da declaração da medida excepcional. Por fim, do ponto de vista econômico, esse avanço pode ser sentido de duas formas: uma direta, com a condenação do Estado ao pagamento de tratamento de saúde a determinado cidadão, por exemplo; e outra indireta, em que a própria lei econômica é invalidada. Foi o que aconteceu em 1998, quando a lei que regulava o financiamento habitacional foi declarada inconstitucional, tendo sido determinado que o Congresso colombiano, no prazo de sete meses, promulgasse uma nova lei.

¹⁶ En los países de América Latina y en muchas nuevas democracias, la reflexión acerca de la relación entre política y derecho ha tomado un nuevo cauce. Después de haber estado centrada en la dependencia del poder judicial respecto del poder político, de la mano de la creciente importancia que adquiere de la actividad judicial, inicia un viraje hacia la forma en que el poder judicial interviene y procesa conflictos políticos. En otros términos, la balanza ha comenzando a inclinarse desde la preocupación por la dependencia del poder político a la preocupación por la dependencia del poder político de las decisiones judiciales.

¹⁷ O processo de elaboração constitucional da África do Sul propiciou uma relativa transição não violenta de uma “autocracia racial” para uma democracia não racial, por meio de uma transição negociada, a progressiva implementação da democracia e o respeito pelos direitos fundamentais. Em razão disso, a Corte Constitucional representou um papel decisivo ao assegurar o sucesso da transição sul-africana para a democracia e ao finalizar o texto constitucional (LEAL, 2011).

combater injustiças sociais e violações aos direitos fundamentais e por manter as conquistas sociais pós-Apartheid; da Índia¹⁸, protetora das minorias, e de Israel¹⁹, marcada pela grande criatividade interpretativa e pela disposição de influenciar nas decisões políticas.

Percebe-se, assim, que o ativismo jurisdicional passou a ser uma realidade em todos os continentes, envolvendo questões de mais alta relevância política e moral, “determinantes da própria identidade de uma sociedade, o que implica, sob a perspectiva qualitativa, o elevado grau que o tema possui para os debates acadêmicos e políticos contemporâneos” (CAMPOS, 2014, p. 35).

A consequência desse processo histórico da contenção do poder do Estado em face da sociedade e do progressivo incremento do rol de direitos individuais e coletivos foi o aumento da tensão entre Cortes e Parlamentos/Governos, pois envolvidos em processos, por vezes, materialmente conflitantes.

De um lado, legitimados pelo sufrágio, a liberdade dos últimos para escolher a maneira para se alcançar os objetivos político-sociais e os programas constitucionais, do outro, os primeiros, a quem o poder Constituinte originário confiou a guarda dos direitos constitucionais, a integridade do ordenamento jurídico infraconstitucional e a proteção das minorias:

Afirma-se que os juízes não foram escolhidos pelo povo, por isso não podem ter a mesma legitimidade dos integrantes dos demais Poderes (...). Seja escolhido por concurso público ou por outro modo previsto na Constituição, o certo é que o juiz exerce um papel fundamental no Estado, sendo sua missão julgar conflitos e realizar direitos (OLIVEIRA, 2008, p. 57).

¹⁸ No julgamento *Sunil Batra vs. Delhi Administration* (1978), a Suprema Corte indiana reconheceu que era possível revogar prisões ilegais, bem como impedir o tratamento desumano e degradante de presidiários. Na oportunidade, sustentou a possibilidade da intervenção judicial ante a morosidade dos legisladores, sobretudo quando em defesa dos direitos fundamentais das minorias (RABELO, 2012, p. 75).

¹⁹ A falta de um documento formal, produto de uma assembleia constituinte originária, influenciou o papel desempenhado pela Suprema Corte Israelense, que supriu a falta de um texto normativo positivado por meio do ativismo judicial. (...) Essa postura ativista do Poder Judiciário foi determinante para o avanço da democracia constitucional em Israel, uma vez que as decisões coletivas decorriam de precedentes jurisprudenciais e da ciência política (RABELO, 2012, p. 80).

2. ATIVISMO JUDICIAL

O Capítulo anterior contextualizou as condições históricas que propiciaram o surgimento do ativismo judicial que, como se viu, transitaram na contenção da ingerência estatal em face do domínio particular no Estado de Direito Liberal, no incremento do rol de direitos individuais e sociais, potencializados pela intervenção proativa do Estado do Bem-Estar Social, e na coexistência entre a legalidade, a origem eleitoral do poder político e a soberania popular, consubstanciada pelo Estado Democrático de Direito.

Condições essas que culminaram no recrudescimento do papel institucional do Judiciário, sobretudo devido à expansão da jurisdição constitucional, ampliando o poder político-decisório de juízes e Cortes, enquanto guardiões dos programas constitucionais.

Revelou-se que, em um primeiro momento, no âmbito do Estado Liberal, o Poder Judiciário foi concebido como sendo um departamento técnico, vocacionado à aplicação do direito posto pelo Poder tido como supremo, no caso o Legislativo, o qual se encontrava sob a “nova direção” da ascendente classe burguesa capitalista, para quem interessou a existência de tribunais desvinculados institucionalmente dos demais Poderes, condição necessária à manutenção do devido processo legal e do direito de defesa.

Viu-se, também, que se instalou uma discussão histórica acerca da viabilidade de mútuo controle entre os Poderes, tendo prevalecido, por influência da corrente norte-americana, a possibilidade e a importância do efeito limitativo entre os Poderes, a exemplo do controle de constitucionalidade de leis, que marca uma importante face da relação entre Cortes e Parlamentos, bem como o progressivo fortalecimento institucional do Judiciário em face do Legislativo e do Executivo, posicionando-se, ao mesmo tempo, como árbitro dos conflitos entre estes e como jogador/pivô no cenário político.

Não se pode esquecer, todavia, que a presença do princípio da separação de poderes nas Constituições não decorreu simplesmente de uma necessidade meramente jurídica, mas e, principalmente, do cenário político e social e de “rodadas” de distribuição de poder entre diferentes atores sociais – rei, nobres, funcionários da coroa –, e, mais tarde, burgueses, juízes,

parlamentares, partidos políticos, organizações sociais e empresariais e demais cidadãos.

Neste trilhar, passa-se a refletir sobre o lugar ocupado, as acepções mais aceitas e as causas mais evidentes do ativismo judicial na teoria política e jurídica. Tal providência se mostra essencial para o prosseguimento da análise, haja vista que o objetivo final desta dissertação, ou seja, o estudo da manifestação do ativismo do Supremo Tribunal Federal na decretação da perda automática dos mandatos dos parlamentares federais condenados no “mensalão” depende do esclarecimento sobre o que se entende como sendo uma decisão judicial ativista, suas dimensões e características, pois se trata de um conceito de múltiplas acepções na literatura jurídica e política, algumas conflitantes com outras:

Ironicamente, embora o uso do termo [ativismo judicial] tenha se tornado mais comum, seu significado ficou cada vez mais obscuro. Isto é assim porque "ativismo judicial" é definido em um número de maneiras diferentes, por vezes contraditórias; estudiosos e juízes reconhecem este problema, todavia, insistem em falar sobre o conceito sem antes defini-lo. Assim, o problema continua inabalável: as pessoas continuam falando e usando a mesma linguagem para transmitir conceitos muito diferentes (tradução do autor) (KMIEC, 2004, p. 1.443)²⁰.

2.1. Ativismo judicial: considerações gerais

Como se prenunciou no Capítulo precedente, a discussão sobre decisões judiciais tidas como ativista antecede o surgimento do próprio termo “ativismo judicial” e remota ao aparecimento do controle judicial de constitucionalidade das leis nos Estados Unidos em 1803, quando do julgamento do caso Marbury X Madison²¹, no qual, pela primeira vez na história, uma Corte Constitucional afirmou-se competente para deixar de aplicar

²⁰ Ironically, as the term has become more commonplace, its meaning has become increasingly unclear. This is so because "judicial activism" is defined in a number of disparate, even contradictory, ways; scholars and judges recognize this problem, yet persist in speaking about the concept without defining it. Thus, the problem continues unabated: people talk past one another, using the same language to convey very different concepts.

²¹ Para complementar o entendimento do caso, cf. FILHO. Paulo Klautau. A Primeira Decisão sobre Controle de Constitucionalidade: Marbury Vs. Madison (1803).

leis federais incompatíveis com a Constituição, ou seja, posicionava-se o Judiciário como sendo a maior força na interpretação constitucional, requerendo, pois, o reconhecimento dos demais Poderes e da sociedade nesse sentido.

Era a Corte autoafirmando seu poder e elevando o seu papel de mero coadjuvante do jogo constitucional a uma posição de destaque e autoridade, como mediadora do equilíbrio entre os Poderes e, por vezes, avançando sobre o mérito de políticas públicas e sobre a decisão de temas tradicionalmente deliberados pelas intuições representativas.

Nunes Junior (2014) assevera que o prestígio e poder político da Suprema Corte estadunidense são tão elevados que, ao longo de toda a sua existência, apenas quatro de suas decisões foram “revogadas” pelo Parlamento, resultando nas Emendas ns. 11, 14, 16 e 26.

Na eleição presidencial dos EUA de 1800, o republicano Thomas Jefferson derrotou o federalista John Adams, candidato à reeleição, que, nos últimos dias de seu governo, resolveu nomear vários juízes em cargos relevantes, a fim de manter parte do controle sobre o Estado. Entre eles se encontrava William Marbury, nomeado juiz de paz do distrito de Columbia.

A questão deveu-se ao fato de o secretário de justiça de John Adams, haja vista a exiguidade de tempo entre a nomeação e o fim o mandato de Adams, não ter entregado o diploma de nomeação a Marbury.

Daí, já como presidente, Jefferson, por meio de seu novo Secretário de Justiça, James Madison, negou-se a intitular Marbury, que, por sua vez, amparado pela Seção 13 do *Judiciary Act* de 1789, impetrou um *write of mandamus* (Mandado de Segurança) perante a Suprema Corte Norte-Americana, exigindo que lhe fosse entregue o diploma de juiz de paz.

O processo foi relatado pelo Presidente da Suprema Corte, Juiz John Marshall, que concluiu que a lei federal que dava competência originária à Suprema Corte para decidir o *mandamus* em questão, a referida Seção 13 do *Judiciary Act* de 1789, contrariava a Constituição dos Estados Unidos. Assim, não caberia a ela decidir o pedido.

O mais importante nesta emblemática demanda judicial não foi a questão de fundo, mas o entendimento do Poder Judiciário de que o Legislativo

não poderia, através de uma lei, estatuir regra contrária ao disposto na Constituição, ou seja, não poderia um normativo federal, *in casu*, a Seção 13 do *Judiciary Act* de 1789, estabelecer a competência de a Suprema Corte julgar originariamente *mandamus* contra ato de autoridade pública, quando a Carta magna estabelecia que esta atribuição era apenas em nível recursal.

No contexto em que foi forjada, a decisão foi considerada ativista em duas instâncias: “primeiro, porque a Corte faltou com deferência ao Congresso, recusando-lhe competência normativa (...); segunda, afirmou um poder espetacular [até então, inexistente] para a Corte sem que a Constituição nada dissesse especificamente sobre ele” (CAMPOS, 2014, p. 52):

Em função da disputa política que compunha o pano de fundo de Marbury, Marshall tinha motivos de sobra para temer reações adversas do Presidente Jefferson, como o descumprimento da decisão e até mesmo o pedido de *impeachment* do juiz, caso a Corte desse razão completa a Marbury. Por outro lado, Marshall também compreendia que não haveria melhor momento para a formulação do *judicial review*, de modo que ele abriu mão do poder de julgar originariamente *mandamus* contra altas autoridades políticas e, assim não se opôs a Jefferson, mas, para tanto, afirmou o poder do *judicial review* (CAMPOS, 2014, p. 53).

A história revela outros sem-número de decisões judiciais espalhadas pelo mundo que, tempos depois de sua prolação, mereceram a alcunha de ativistas, entre as quais o caso Marbury X Madison é o precedente mais remoto.

Portanto, já passam de duzentos anos o debate acerca do papel dos juízes e Cortes americanos no solo estadunidense, sendo fonte de inspiração para outras experiências pelo mundo e referência obrigatória para qualquer estudo sobre o tema.

Do solo norte-americano o *judicial review* desembarcou para outras partes do globo, sendo traço marcante das novas constituições democráticas do Segundo Pós-guerra e, desde então vem acompanhando outras ondas de democratização, como a redemocratização brasileira em 1988.

O fato é que o amplo exercício da jurisdição constitucional fez aumentar de maneira significativa a atuação do Poder Judiciário. Isso se deveu à redescoberta da cidadania e à conscientização das pessoas em relação aos

seus direitos, bem como à “circunstância de haver o texto constitucional criado novos direitos, introduzido novas ações e ampliado a legitimação ativa para tutela de interesses” (BARROSO, 2005).

Também alçou o Judiciário a novo status institucional, deixando de ser um departamento puramente técnico e especializado e passou a desempenhar papel político importante ao lado dos tradicionais Poderes Legislativo e Executivo.

2.2. Ativismo judicial: conceito

Quanto à origem do vocábulo “ativismo judicial” (*judicial activism*), a maioria dos autores, como Vanice Teixeira Lício do Valle (2009) e Keenan D. Kmiec (2004), afirma que o termo foi cunhado pelo jornalista e historiador Arthur M. Schlesinger Jr., em uma publicação (1947) na revista americana *Fortune*, em que se traçou o perfil dos nove magistrados da Suprema Corte americana, identificando que quanto maior a influência de um tribunal constitucional em um país, maior seria a atenção e a criticidade do público sobre os fundamentos de suas decisões, pois possuem consequências sociais e políticas que podem perdurar por anos.

Esse historiador entendeu que ativismo era o oposto de autorrestrrição judicial (*self restraint*), refletindo-se na atitude do magistrado de interpretar a Constituição no sentido da concretização de direitos que ela mesma prevê, como os direitos individuais e sociais.

Saul Tourinho Leal (2008) descreveu bem o contexto singular em que Schlesinger Jr. cunhou a expressão, marcado pela chegada de um novo juiz a Suprema Corte americana, Robert Houghwout Jackson, em um momento “em que um espírito rebelde se abatia sobre o Tribunal que tinha como Presidente, Fred M. Vinson” (LEAL, 2008, p. 19), estando a Corte dividida em duas correntes, uma capitaneada pelos magistrados Hugo Lafayette Black e William O. Douglas e outra pelos juízes Felix Frankfurter e Robert Jackson.

A “rebeldia” da Suprema Corte foi sentida pelo Presidente Franklin

Roosevelt, que encontrou dificuldades na implementação de seu “*New Deal*”, política pública criada para combater a intensa recessão econômica que assolou o mundo na década de 1930, representando uma forte intervenção do Estado na economia, bem como a ascensão do Estado do bem-estar social, explicitado no Capítulo anterior.

A ala Black-Douglas²², ao defender o papel do Tribunal como promotor/concretizador da justiça social, praticava o ativismo judicial. Ao passo que o grupo Frankfurter-Jackson, ao adotar uma postura deferente à competência do Executivo e do Legislativo na elaboração das políticas públicas, era adepto da autocontenção judicial.

Daí em diante, o termo “ativismo judicial” foi usado de diversas maneiras e significados. Yung (2011) assinala que foi o juiz Joseph C. Hutcheson Jr. quem o usou pela primeira vez em uma manifestação judicial em 1959, sendo historicamente, na maioria das vezes, usado para marcar uma crítica a postura de juízes liberais. Mais recentemente tem crescido sua utilização para censurar magistrados conservadores:

A consulta a duas fontes elementares – ainda que prestigiadas – de conceituação no Direito norte-americano, Merriam-Webster’s Dictionary e Black’s Law Dictionary, evidencia que, já de origem o termo “ativismo” não encontra consenso. No enunciado da primeira referência, a ênfase se dá ao elemento finalístico, o compromisso com a expansão dos direitos individuais; no da segunda, a tônica repousa em um elemento de natureza comportamental, ou seja, dá-se espaço à prevalência das visões pessoais de cada magistrado quanto à compreensão de cada qual das normas constitucionais. A dificuldade ainda hoje subsiste, persiste o caráter ambíguo que acompanha o uso do termo, não obstante sê-lo um elemento recorrente tanto da retórica judicial quanto de estudos acadêmicos, adquirindo diversas conotações em cada qual desses campos (VALLE, 2009, p. 21).

Tal é a celeuma na utilização da alcunha “ativista”, que alguns autores, como Frank Easterbrook²³, sugerem a abolição de seu uso, pois

²² Também faziam parte dessa ala os juízes Murphy e Rutledge.

²³ This is all good fun-after all, several of the authors who engage in this sport first enter a plea for abolition of the word-but treating the old definitions of judicial restraint (such as adherence to precedent, and permitting the political branches to make policy when the Constitution is ambiguous) as the new definition of “activism” certainly has a deconstructionist flair. Jacques Derrida and Stanley Fish would be proud! But we should oppose Newspeak, even if the revisionist approach to language is coupled with a request that a word or phrase be taken out of circulation. It is better to debate directly what role stare decisis or the political question doctrine should play; the word “activism” adds nothing to the analysis with its old

estaria a esconder/maquiar críticas a posição deste ou de outro julgador ou tribunal.

Luís Roberto Barroso (2008), um dos autores nacionais mais citados quando o assunto é ativismo judicial, entende que ele se manifesta na imposição de condutas ao poder público, no esvaziamento casuístico da rigidez do controle de constitucionalidade de normas emanadas do legislador e na extrapolação interpretativa das normas constitucionais, independente de prévia manifestação do Parlamento.

O ativismo judicial para Barroso é uma atitude, uma escolha específica do juiz na maneira de interpretar as normas constitucionais, de modo a expandir o seu sentido e alcance:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) 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; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público. (BARROSO, 2008).

O problema da definição proposta por Barroso é a dificuldade de se definir de parâmetros objetivos que permitam concluir que uma dada decisão traduz uma atitude, uma escolha específica e direcionada do julgador ou simplesmente uma interpretação possibilitada por um modelo de Constituição mais analítica e principiológica. Também nos é dificultoso traçar as “fronteiras” procedimentais do Direito, sem nos depararmos com a própria subjetividade do intérprete:

Alerte-se ser utópico o absoluto neutralismo, uma vez que a jurisdição é exercida por um ser humano, passível de sofrer influências diversas durante a sua existência, inclusive da época em que vive. O magistrado se sujeita aos estímulos da sua história de vida e de suas experiências pessoais, de seus conceitos e de seus preconceitos, de suas angústias e de suas fantasias, de seus sonhos e de suas frustrações, de reflexos

psíquicos, sentimentais, religiosos e ideológicos. Até inconscientemente as circunstâncias inerentes ao caráter são transferidas para a arte judicante, sobretudo no momento da decisão da lide (OLIVEIRA, 2009, p. 30).

Por seu turno, Vanice Valle, outra referência no tema, caracteriza o ativismo como sendo um processo político-institucional em que há um alargamento das competências do Poder Judiciário em favor de “um modelo de jurisdição constitucional com forte apelo de supremacia” (VALLE, 2010, p. 15).

A questão, vivenciada por Valle e por todos aqueles que se aventuram no estudo do ativismo judicial, é identificar qual seria a correta, se é que existe apenas uma, leitura de determinado dispositivo constitucional, a qual poderia ser tomada como referência comparativa para a análise da presença de ativismo em decisões que dessem leituras diferentes para fatos idênticos ao da interpretação paradigma (“correta”).

Essa percepção será ainda mais complicada quando o intérprete estiver diante dos chamados “casos difíceis” (“*hard cases*”), que são aqueles em que: a) os fatos e normas permitem mais de uma solução (antinomia); b) dois ou mais princípios colidem; c) não existe nenhuma norma aplicável (anomia – lacuna); d) a norma existente é tida como injusta; e d) mesmo que exista um precedente judicial, considere-se necessário modifica-lo (JESUS; MELLO, 2007).

Além dos conceitos unidimensionais, vários autores, como Keenan D. Kmiec (2004), William Marshall (2002), Bradley C. Canon (1983) e Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2014), tendo como pressuposto a complexidade e as múltiplas faces de uma decisão judicial, propõem conceitos multidimensionais.

A perspectiva pluridimensional, apesar de mais complexa, mostra-se mais abrangente, pois permite a consideração de diversas variáveis como: a) o contexto político-social em que a decisão foi prolatada; b) o quadro jurídico-constitucional vigente; e c) o nível de deferência do magistrado para com atos de competência dos demais atores, visualizando-se o impacto político de cada decisão tida como ativista e reconhecendo-se o grau da intervenção institucional do Judiciário nos demais poderes.

Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2014), ao elaborar a sua

proposta de definição multidimensional do ativismo judicial, identifica que o núcleo comportamental do ativismo judicial, presentes em todas as Cortes ativistas que analisou em sua pesquisa, notadamente a dos Estados Unidos, da Alemanha, da Itália, da Colômbia, da Costa Rica, do Canadá e da África do Sul, é a expansão do poder decisório que juízes e Cortes promovem sobre os demais atores políticos.

Para esse autor, ativismo judicial é:

O exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e Cortes em face dos demais atores políticos, que: a) deve ser identificado e avaliado segundo os desenhos institucionais estabelecidos pelas constituições e leis locais; b) responde aos mais variados fatores institucionais, políticos, sociais e jurídico-culturais presentes em contextos particulares e em momento históricos distintos; c) se manifesta por meio de múltiplas dimensões de práticas decisórias (CAMPOS, 2014, p. 164).

Nestes lindes, sintetiza cinco dimensões para uma decisão ativista:

(I) Dimensão metodológica: interpretação e aplicação expansiva e inovadora das normas e dos direitos constitucionais; criação judicial do direito infraconstitucional por meio das técnicas de interpretação conforme a Constituição e de declaração de nulidade parcial sem a redução do texto; controle de omissões legislativas inconstitucionais; decisões maximalistas.

(II) Dimensão processual: autoamplificação de jurisdição, da utilidade e da eficácia dos poderes processuais e de suas decisões.

(III) Dimensão estrutural ou horizontal: interferência rígida e incisiva sobre as decisões dos demais poderes, faltando-lhes com deferência legal ou epistêmica, ou ocupando espaços tradicionais de atuação dos mesmos.

(IV) Dimensão de direitos: o avanço de posições de liberdade, de dignidade e de igualdade social sobre os poderes públicos, reduzindo a margem de ação regulatória, fiscalizatória e punitiva do Estado, ou interferindo em medidas de tutela estatal e em escolhas de políticas públicas.

(V) Dimensão antidialógica: afirmação da posição do Supremo não apenas com último intérprete da Constituição, mas como único, exclusivo (CAMPOS, 2014, p. 275).

Luiz Flávio Gomes acredita na existência de duas espécies de ativismo, o inovador e o revelador:

Há o ativismo judicial inovador (criação, *ex novo*, pelo juiz de uma norma, de um direito) e há o ativismo judicial revelador (criação pelo juiz de uma norma, de uma regra ou de um direito, a partir dos valores e princípios constitucionais ou a partir de uma regra lacunosa, como é o caso do art. 71 do CP, que cuida do crime continuado). Neste último caso o juiz chega a inovar o ordenamento jurídico, mas não no sentido de criar uma norma nova, sim, no sentido de complementar o entendimento de um princípio ou de um valor constitucional ou de uma regra lacunosa (GOMES, 2009).

Kmiec (2004), em seu artigo “The Origin and Current Meanings of ‘Judicial Activism’”, aborda pelo menos cinco dimensões possíveis de uma decisão ativista, a saber: a) a desconsideração pelo magistrado de atos dos outros Poderes constitucionalmente defensáveis; b) a estratégia de ignorar precedentes ou súmulas; c) atuação dos juízes como legisladores, criando direito novo; d) o desvio dos cânones metodológicos da hermenêutica; e e) o julgamento orientado para resultados pré-concebidos.

William Marshall (2002), no artigo “Conservatives and the seven sins of judicial activism”, percebe sete índices de ativismo judicial²⁴:

- (1) ativismo contra-majoritário: a relutância das Cortes em submeter-se às decisões dos poderes democraticamente eleitos;
- (2) ativismo não-originalista: o não reconhecimento pelos Tribunais de qualquer originalismo na interpretação judicial, sendo as concepções mais estritas do texto legal e as considerações sobre a intenção do legislador abandonadas;
- (3) ativismo de precedentes: a rejeição dos magistrados em defender os precedentes anteriormente estabelecidos;
- (4) ativismo jurisdicional: a resistência das Cortes em respeitar os limites de seu próprio poder/atuação;
- (5) ativismo criativo: a criação de novos direitos e teorias na doutrina constitucional;
- (6) ativismo remedial: o uso do poder judicial para impor a outros poderes governamentais atuações positivas ou controlá-las como etapa de uma correção judicial; e
- (7) ativismo partidário: o uso do poder judicial para atingir objetivos específicos de um determinado partido/segmento

²⁴ No Brasil, com diferentes nomenclaturas, os conceitos de William Marshall foram internalizados por vários autores, como José Ricardo Cunha (2005) e João Carlos Medeiros de Aragão (2010).

social; (tradução do autor) (MARSHALL, 2002, p. 104)²⁵.

Para João Carlos Medeiros de Aragão, o ativismo judicial subsume-se a quatro dimensões: a remedial, pela qual o Judiciário cria ou reestrutura regulamentos, órgãos, determina deveres a outros poderes, assim como políticas públicas; a jurisdicional, em que a Corte amplia os seus limites de prestação jurisdicional, alterando ou completando leis e atos administrativos; a contramajoritária, em que o juiz resiste em acatar decisões dos governos democraticamente eleitos; e a criativa, onde o Judiciário se apropria da hermenêutica para afirmar direitos morais ou definir novos (ARAGÃO, 2010, p. 60).

Nesta pesquisa, entende-se que é mais oportuno e útil não confundir o ativismo judicial com a correção ou, mesmo legitimidade, de decisões judiciais particulares, pois, como anuncia Ernest Young, no artigo “*Judicial Activism and Conservative Politics*” (2002), o debate mais substancial está no jogo da repartição da autoridade política ou, simplesmente, de poder dentro de um sistema judicial e entre este e os demais Poderes.

Trata-se, pois, da percepção de uma postura institucional do Poder Judiciário dentro do respectivo quadro constitucional e, sobretudo, político-social posto, e não do mérito ou a correção da decisão de casos concretos.

A apreensão desta percepção impescinde assim, da compreensão do contexto político, social, econômico e até, cultural, em que uma decisão foi prolatada, pois, em dada situação/período, ela pode ser considerada essencialmente ativista, ao passo que pouco tempo depois pode ser entendida como ordinária, sem relevância institucional ou, no limite, exemplo de *self restraint*.

Desse modo, tem-se que o ativismo judicial é uma postura de

²⁵ (1) Counter-Majoritarian Activism: reluctance of courts to defer to decisions of democratically elected branches; (2) Non-Originalist Activism: failure of courts to defer to touchstones of originalist interpretations, such as strict fealty to the original meaning of constitutional text or to the original intent of the Framers; (3) Precedential Activism: failure of courts to defer to judicial precedent; (4) Jurisdictional Activism: failure of courts to adhere to jurisdictional limits on their own power; (5) Judicial Creativity: creation of new theories and rights in constitutional doctrine; (6) Remedial Activism: use of judicial power to impose ongoing affirmative obligations on the other branches of government or to take governmental institutions under ongoing judicial supervision as a part of a judicially imposed remedy; and (7) Partisan Activism: use of judicial power to accomplish plainly partisan objectives.

supremacia institucional do Poder Judiciário que, dentro de uma dada realidade sociopolítica e constitucional, expande seu poder político-decisório em face dos demais Poderes, manifestando-se em uma ou várias dimensões como, por exemplos: a) na criação de direito novo em substituição ao Parlamento; b) na implementação de políticas públicas em substituição ao Executivo; c) na desconsideração de atos praticados pelos demais atores políticos, mesmo que dentro dos limites de suas respectivas competências constitucionais ou legais; e d) na interpretação excessivamente ampliada de normas e princípios constitucionais, de modo a dar concretude a programas e a princípios que teriam sido estabelecidos pelo legislador constituinte originário e negligenciado por quem deveria concretizá-lo.

Entende-se por supremacia institucional, com amparo em Brandão (2012) e em Valle (2010), a postura adotada pelo Judiciário de se colocar como a instituição precedente da ordem constitucional, negando/dificultando o diálogo com as demais instituições/Poderes políticos, bem como recusando a construção/interpretação cooperativa dos significados constitucionais.

Uma frase dita pelo então Presidente do STF, Min. Gilmar Mendes, na oportunidade de um encontro entre 39 presidentes de Cortes Constitucionais, na Lituânia em 2008, simboliza bem essa realidade: "Os tribunais mandam o Parlamento complementar a lei e este último obedece"²⁶.

Em termos de causalidade, além dos contextos sociopolítico e constitucional, a investigação dos motivos ensejadores de uma postura ativista deve passar por uma reflexão se, em relação ao tema de natureza política decidido judicialmente, havia omissão/disfunção de outro ator político em cumprir sua missão institucional.

Neste sentido, no momento do debate sobre os motivos ensejadores do ativismo do Supremo Tribunal Federal ao decretar a perda automática do mandato dos parlamentares condenados na Ação Penal 470/MG, dever-se-á investigar se já havia posicionamento/deliberação do Parlamento sobre o tema ou se o cenário era de persistente negligência.

²⁶ Para maiores detalhes cf. <<http://oab-rj.jusbrasil.com.br/noticias/28192/para-o-presidente-do-stf-tribunal-supre-deficiencias-do-legislativo>>.

2.3. Ativismo Judicial vs. Judicialização da Política

A origem do termo “judicialização da política”²⁷ é atribuída a C. Neal Tate e a Torbjorn Vallinder. Para eles, “quando falamos da expansão global do poder judicial, referimo-nos à incorporação de um processo decisório judicial e de procedimentos típicos de Tribunais em uma arena política onde os mesmos não foram previamente inseridos²⁸” (tradução do autor) (TATE; VALLINDER, 1995, p. 13):

Assim, a judicialização da política pode significar normalmente ou: (1) a expansão da jurisdição das Cortes ou dos magistrados ao âmbito dos políticos e/ou administradores, que é a transferência dos direitos de tomada de decisão advindos da legislatura, dos Ministérios, ou do serviço civil dos Tribunais ou, ao menos, (2) a propagação dos métodos judiciais de tomada de decisão para além da jurisdição apropriada (tradução do autor) (TATE; VALLINDER, 1995, p. 13).²⁹

Assim, simplificada, como se depreende do seu próprio nome, a judicialização da política estaria na transformação de questões políticas em jurídicas, sobretudo, diante dos direitos e garantias fundamentais, cuja integridade compete ao juiz manter, resultando em um novo equilíbrio entre os Poderes e do exercício das competências do Judiciário, estabelecidas nos textos constitucionais.

Cappelletti (1999) entende que a crescente ampliação da atividade do Estado e da demanda da sociedade para a concretização de seus direitos aumentou a busca pelo Judiciário, que passou a desempenhar um importante papel na criação interpretativa do direito e no controle dos atos dos demais atores políticos.

Para este autor, a expansão do poder decisórios de juízes representa um necessário equilíbrio de forças em um sistema democrático.

²⁷ Essa Tese é defendida por autores como José dos Santos Carvalho Filho (2010) e José Ribas Vieira (2009).

²⁸ When we speak of the global expansion of judicial power, we refer to the infusion of judicial decision-making and of courtlike procedures into political arenas where they did not previously reside.

²⁹ Thus the judicialization of politics should normally mean either: 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 the decision-making rights from the 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.

Seria o contrapeso da Justiça em face dos ramos políticos do Estado moderno³⁰:

A expansão do Judiciário está, na verdade, perante os nossos olhos. O controle jurisdicional da atividade administrativa foi sendo esparramado como manchas de óleo nos países ocidentais no curso dos últimos cem anos. Certamente, este formidável crescimento do papel do Judiciário, este seu emergir como 'terceiro gigante', tendo a função não mais somente a de solucionar lides, substancialmente, entre os particulares, mas a de controlar Parlamentos e Administrações Públicas, não é, por si só, um acontecimento privado de incógnitas e de perigos. Como acontece com os outros Poderes, também o Judiciário, que já foi definido como 'o ramo menos perigos (CAPPELLETTI, 2008, p. 10).

Ernani Rodrigues de Carvalho (2004) aplicou algumas das condições políticas para o surgimento da judicialização deduzidas por Tate³¹ à realidade brasileira, concluindo que “existem no Brasil as condições mínimas para o afloramento de um processo de judicialização da política” (CARVALHO, 2004, 121), tais como um sistema político democrático, a separação dos poderes, o exercício dos direitos políticos, o uso dos tribunais pelos grupos de interesse, o uso dos tribunais pela oposição e a inefetividade das instituições majoritárias.

John Ferejohn identifica o recrudescimento da judicialização da política, no pós-segunda Guerra Mundial, quando, no mundo todo, “observou-se um profundo deslocamento do Poder Legislativo para os tribunais e outras instituições jurídicas”³² (tradução do autor) (FEREJOHN, 2002, p. 41).

A título de causas da judicialização, Ferejohn vê duas: a crescente fragmentação do poder entre as instituições políticas, o que limitaria a capacidade que cada uma tem de legislar e trazer soluções para conflitos; e o

³⁰ A expansão do papel do judiciário representa o necessário contrapeso, segundo entendo, num sistema democrático de “checks and balances”, à paralela expansão dos “ramos políticos” do estado moderno (CAPPELLETTI, 1999, p. 19).

³¹ Segundo Tate, as condições facilitadoras da expansão do poder judicial seriam a existência de sistema político democrático; a existência de um ordenamento institucional baseado na separação de poderes; a existência de uma Carta de direitos; a possibilidade de recurso ao Judiciário por grupos de interesse; a possibilidade de recurso ao Judiciário pela oposição; a inefetividade das instituições majoritárias em impedir o envolvimento de instituições judiciais em certas disputas políticas; as percepções negativas acerca das instituições majoritárias e legitimação de das instâncias judiciais; e algum grau de delegação de poderes de decisão das instituições majoritárias em favor de instituições judiciais. (TATE, 1995, p. 28-33).

³² Since World War II, there has been a profound shift in power away from legislatures and toward courts and other legal institutions around the world. This shift, which has been called “judicialization”, has become more or less global in its reach, as evidenced by the fact that it is as marked in Europe, and especially recently in Eastern Europe, as it is in the United States.

sentimento de que os tribunais são mais confiáveis para a proteção de uma vasta gama de valores importantes contra abusos políticos potenciais.

Na mesma linha, Marcos Faro de Castro (1996) elenca as seguintes condições para a judicialização: a constitucionalização do Direito após a 2ª Guerra Mundial, o resgate do tema sobre a legitimação dos direitos humanos, o exemplo institucional da Suprema Corte norte-americana e a tradição europeia Kelsiana de controle de constitucionalidade das leis.

Para Tate e Vallinder, o ativismo judicial não se confundiria com o fenômeno da judicialização da política. A judicialização da política ocorreria apenas diante de condições que lhe fossem favoráveis – como a pouca efetividade ou desrespeito das instituições político-majoritárias –, ao passo que os juízes ativistas aproveitam de todas as oportunidades para que suas decisões expressem seus valores políticos, de modo que, em sendo consentâneos os seus valores com os das instituições majoritárias, “haverá muito menos incentivo para que juízes ativistas tentem judicializar um processo político” (TATE; VALLINDER, 1995, p. 34).

Barroso (2008) fixa a sua diferenciação entre ativismo e judicialização de política nos seguintes termos:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. (...). Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. **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** (BARROSO, 2008) (grifou-se).

Para ele, essa maneira expansiva e proativa na “interpretação” do texto constitucional deverá ser analisada no caso concreto e somente será legítima se restrita a garantir a observância dos princípios constitucionais sensíveis, respeitadas as “fronteiras procedimentais e substantivas do Direito:

racionalidade, motivação, correção e justiça” (BARROSO, 2008).

Em sucinta, mas substancial matéria divulgada no jornal Estadão do dia 30/05/2009, Luiz Flávio Gomes ressalta que a judicialização expressa a possibilidade que todos possuem de socorrer-se do Judiciário contra lesão ou ameaça a um direito, ao passo que o ativismo manifesta-se por diferentes atitudes das Cortes, como: a) a adoção de condutas proativas direcionadas a concretização de direitos fundamentais, o que ocorre, por exemplo, quando o magistrado concede um habeas corpus de ofício, ou seja, por conta própria, ao entender lesionado o direito de ir e vir de uma pessoa; e b) a inovação no mundo jurídico, em que o juiz assume uma postura legiferante, criando um direito ou impondo um dever que não podem ser deduzidos de nenhuma norma jurídica.

Embora seja quase que uma unanimidade entre os autores a existência de elementos distintivos entre a judicialização e o ativismo, do que não se discorda, entende-se, para os fins a que se destina este trabalho, que essas filigranas distintivas perdem sua importância, quando se adota uma perspectiva multidimensional das decisões tidas como ativistas, pois, em maior ou menor grau, características e facetas da judicialização da política são refletidas no ativismo judicial.

Tate e Vallinder, por exemplo, como já foi evidenciado, entendem que a judicialização reflete a expansão da jurisdição das Cortes ou dos magistrados no âmbito de atuação de parlamentares e administradores, transferindo-se parte do poder decisório desses atores políticos para os tribunais. Por outro lado, esse mesmo fenômeno pode ser relacionado a uma das várias dimensões do ativismo judicial, pois revelador de uma falta de deferência do juiz para com atos de competência dos demais Poderes, substituindo-os em suas decisões³³.

³³ Como se observa, atrelada ao debate sobre ativismo judicial está a questão da judicialização da política. Encontrar definições teóricas que os distingam não é tarefa fácil. Encontra-se, contudo, uma base comum para ambos, que é o abandono de um sistema rígido de separação de poderes (NUNES JUNIOR, 2014, p. 113).

2.4. Ativismo judicial no Brasil e o Supremo Tribunal Federal

2.4.1. Considerações preliminares

No Brasil, se comparado a países como Estados Unidos e Alemanha, por exemplos, a discussão sobre ativismo judicial é algo muito novo, não tendo ainda uma reverberação sistêmica na seara política, onde, na maioria dos casos, o debate se limita a discussões pontuais sobre decisões particulares.

Na mídia, o tema começa a ganhar espaço, dirigido, precipuamente, a criticar o “vácuo institucional dos outros Poderes”, sobretudo do Legislativo, e decisões específicas que tenham gerado repercussão social (CAMPOS, 2014, p. 210).

O fato é que o protagonismo do STF é recente. A postura adotada pela Corte Constitucional desde o período do Império foi de autorrestrição. O Supremo, à época, chamado Supremo Tribunal de Justiça tinha uma postura passiva em face dos demais atores políticos, a qual decorria, sobretudo, da própria textura política, pois era do imperador, no exercício do Poder Moderador, e não do Tribunal, a missão de manter a independência, o equilíbrio e a harmonia entre os Poderes.

Para se ter uma ideia, o Brasil apenas adotará um controle judicial de constitucionalidade em 1891³⁴, na República Velha, sob a inspiração de Rui Barbosa, quando os tribunais comuns, em detrimento do modelo de jurisdição francês até então vigente, passaram a ter uma cognição mais ampla sobre todas as matérias, inclusive as de cunho administrativo (SLAIBI FILHO, 2008, p. 4).

Intrigante que essa mudança constitucional arquitetada por Rui Barbosa foi de difícil implantação, pois, é consabido que a mera alteração da norma não tem o condão de alterar, por si só, as práticas e a cultura instalada

³⁴ O controle da constitucionalidade das leis no Império era exercido pelo próprio Poder Legislativo, o qual deveria interpretar as leis (em interpretação dita autêntica, como fez na Lei de Interpretação, de 1840, que limitou o alcance do Ato Adicional de 1834, este a única emenda formal à Carta de 1824) e até mesmo legislar sem receio de que a lei fosse dita “irrazoável”, como foi no caso da Lei da Maioridade, também de 1840, que declarou que o jovem Pedro de Alcântara, então com 14 anos, passava a ser maior, assim preenchendo o requisito constitucional de que o Imperador deveria contar, ao menos, com 18 anos para que subisse ao Trono (SLAIBI FILHO, 2008, p. 5).

nas instituições:

A demonstrar que não basta a existência de Constituição escrita para que os institutos nela implantados possam vicejar como poderiam esperar os seus criadores, mostraram-se os juizes republicanos, na esmagadora maioria vindos do Antigo Regime, avessos ao controle da constitucionalidade pelo modelo estadunidense, o que levou Rui Barbosa, ao contribuir na elaboração da Lei de Organização Judiciária da Justiça Federal (...) a fazer constar no art. 13, § 10, surpreendentemente, que **“os juizes obedecerão à Constituição e às leis, nesta ordem”**. E, mesmo assim, Rui Barbosa não se viu bem-sucedido na sua empreitada reformista, pois os juizes – e até aqueles que integravam o Excelso Pretório – recusavam tal controle sobre os outros Poderes da República (SLAIBI FILHO, 2008, p. 5) (grifou-se).

O *habeas corpus*, numa concepção mais abrangente, que permeava não apenas do direito ir e vir, mas a proteção contra abuso de poder e ilegalidade, foi o instrumento processual utilizado, na República Velha, pelo STF para influir no processo político-decisório e, por isso, foi fonte de turbulências com o Poder Executivo.

Daí em diante, o controle judicial de constitucionalidade sofreu uma série de evoluções e involuções, conforme se iam promulgando ou outorgando novas Constituições, a exemplo da constitucionalização do mandado de segurança na Constituição de 1934 e a sua desconstitucionalização com a Constituição autoritária de 1937.

No campo sociopolítico, essas idas e vindas do poder decisório do Supremo estão intrinsecamente ligadas a sua maior ou menor independência em face dos demais atores políticos. É de se esperar que em um ambiente autoritário tenhamos um Tribunal mais passivo e, no limite, omissivo, ao passo que, em um contexto democrático, no qual são respeitadas pelo Estado as garantias e prerrogativas dos julgadores, maior será a suscetibilidade do avanço do protagonismo judicial.

Relembre-se que, nesta mesma linha, Tate e Vallinder consideram a existência de um regime democrático uma das condições políticas mínimas para o surgimento da judicialização da política.

A atual Constituição de 1988 foi o marco do amplo e contínuo processo de transformação do Judiciário em um poder político, alçando o STF, expressamente, a condição de guardião da Constituição (art. 102, *caput*):

Na ordem constitucional anterior (...) prevalecia o monopólio da deflagração do controle concentrado pelo Procurador-Geral da República, o qual, subordinado ao Presidente da República e titular de discricionariedade na escolha de quais temas deveria submeter ao Supremo, acabava moldando a agenda da Corte e restringindo o controle apenas aos temas de interesse ao Governo Federal. A Constituição de 1988 rompeu com essa restrição, que acompanhava o instituto desde a criação pela EC 16/65, e promoveu a “desmonopolização” da iniciativa para a deflagração do controle abstrato de constitucionalidade. (CAMPOS, 2014, p. 233)

Destaque-se, nesse cenário, a criação da súmula vinculante pela EC n. 45/2004, pela qual (art. 103-A da CF/1988) o Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, depois de reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar enunciado que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, será de observância obrigatória pelos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Neste ponto, insta citar o caso da Súmula Vinculante n. 13³⁵, exemplo clássico de ativismo, pois concretiza a criação regra jurídica inédita pelo STF no que tange à questão do nepotismo, vedando sua prática em todos os Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, ou seja, a Corte criou um comando normativo de alcance nacional sem qualquer intervenção do Parlamento ou sanção do Executivo.

O ambiente de ascensão constitucional do Supremo contribuiu para a conformação da face ativista da Corte, a qual, no entanto, não pôde ser percebida logo nos primeiros anos de vigência da nova Carta, período em que o STF ainda se mostrou acanhado, relutante em abandonar sua postura passiva diante dos demais Poderes, sobretudo o Executivo.

A própria composição do STF ainda refletiu durante bastante tempo a existente no Regime Militar:

³⁵ Súmula Vinculante n. 13: 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.

Nome	Entrada	Saída	Nomeado por/Observações
José Carlos Moreira Alves	18/06/1975	22/04/2003	Ernesto Geisel. Chefe do Gabinete do Ministro da Justiça entre 1970 e 1971. Foi Procurador Geral da República entre 1972-75. Presidente do STF entre 1985-87. Instalou a Assembleia Nacional Constituinte.
Luiz Rafael Mayer	13/12/1978	14/03/1989	Ernesto Geisel. Exerceu funções de assessoria jurídica aos governos militares.
José Néri da Silveira	01/09/1981	24/04/2002	João B. Figueiredo. Presidente do STF entre 1989-91.
Oscar Dias Corrêa	16/04/1982	17/01/1989	João B. Figueiredo. Foi o Ministro da Justiça do Governo José Sarney por 9 meses.
Aldir Guimarães Passarinho	16/08/1982	22/04/1991	João B. Figueiredo.
José Francisco Rezek	10/03/1983 04/05/1992	14/03/1990 05/02/1997	João B. Figueiredo. Renunciou o cargo para exercer o cargo de Ministro das Relações Exteriores do Brasil no governo Collor. Voltou ao STF permanecendo até 1997. Tornou-se juiz da Corte internacional de Justiça em Haia.
Sydney Sanches	13/08/1984	26/04/2003	João B. Figueiredo. Presidiu o impeachment de Collor e participou da Comissão que elaborou a CF 88 no que tange ao judiciário
Luiz Octavio Pires e Albuquerque Gallotti	20/11/1984	27/10/2000	João B. Figueiredo. Foi Presidente do Tribunal de Contas da União durante o Regime militar.

Tabela 1 – Ministros nomeados pelos Presidentes militares que permaneceram no STF após a promulgação da Constituição de 1988.

Fonte: <http://jus.com.br/artigos/20557/o-supremo-tribunal-federal-e-o-regime-militar-de-1964/4> e autor.

Nesse primeiro momento, a própria Corte Constitucional, em continuidade a sua atitude de autocontenção até então imperante, buscou restringir a abrangência da gama de competências que lhe fora outorgada pela Constituição de 1988 e o número de legitimados que podiam instá-la diretamente.

No caso do mandado de injunção, por exemplo, limitava-se a reconhecer a “mora legislativa” e comunicar o Congresso Nacional do quanto decidido, sem, no entanto, viabilizar/concretizar o direito do impetrante, tampouco “ousavam” avaliar a real presença dos pressupostos constitucionais de “urgência e relevância” nas incontáveis e eternas medidas provisórias do Executivo.

No entanto, em sua história recente, o Supremo Tribunal Federal

tem abandonado essa postura de copiosa deferência aos atos dos demais atores políticos, posicionando-se de fato como um foro decisório, apto ao desiderato de questões de toda ordem, inclusive as de grande repercussão social, política e eleitoral.

Atos até então considerados como *interna corporis*³⁶ do Executivo e do Legislativo, passaram a ser alcançados pela jurisdição interpretativa e criativa do STF, que se entende competente, inclusive para implementar políticas públicas, regular questões político-eleitorais e decidir sobre temas moralmente controvertidos, como foram os casos, por exemplos, da demarcação de terras indígenas, da verticalização das coligações, do reconhecimento civil da união homoafetiva e da possibilidade da utilização de células tronco-embrionárias em pesquisas científicas.

Quando do julgamento de Ação popular³⁷, ajuizada pelo Senador Augusto Affonso Botelho Neto, em face da União, pleiteando a declaração de nulidade da Portaria n. 534, de 2005, do Ministério da Justiça, na qual foram definidos os limites da terra indígena “Raposa Serra do Sol”, por exemplo, o STF, sob a justificativa de estar interpretando o art. 231 da Constituição Federal³⁸, legislou, inclusive, impondo condições ao exercício de garantia constitucional deferida pelo Constituinte originário aos povos indígenas.

Vejam-se algumas das normas “outorgadas” pelo Supremo na supracitada decisão:

(...) (v) o usufruto dos índios não se sobrepõe ao interesse da política de defesa nacional; a instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico, a critério dos órgãos competentes (Ministério da Defesa e Conselho de Defesa Nacional), serão implementados e independentemente de consultas às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI; (...) (viii) o usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade; (...) (x) o trânsito de visitantes e pesquisadores não-índios deve ser admitido na

³⁶ "Interna Corporis" são questões que devem ou deveriam ser resolvidas internamente no âmbito de cada Poder.

³⁷ Petição 3.388-4/Roraima de relatoria do Ministro Carlos Aires Britto.

³⁸ Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. (...).

área afetada à unidade de conservação nos horários e condições estipulados pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade; (xi) devem ser admitidos o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios no restante da área da terra indígena, observadas as condições estabelecidas pela FUNAI; (xii) o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios não pode ser objeto de cobrança de quaisquer tarifas ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas;

O ativismo nesse caso foi expressamente reconhecido pelos ministros Marco Aurélio e Joaquim Barbosa, por entenderem que o STF não poderia simplesmente criar direito novo: “O Tribunal extrapolou, traçou parâmetros excessivamente abstratos e completamente alheios ao que foi proposto na ação, o tribunal agiu com verdadeiro legislador”³⁹.

Percebeu-se, nesse caso, que a Corte Constitucional estendeu seu poder decisório sobre matéria de competência do Executivo e do Legislativo, tendo, com fulcro na já demonstrada da teoria multidimensional do ativismo, mostrado pouca deferência ao ato do Executivo que regulamentou a questão, Portaria n. 534, de 2005, do Ministério da Justiça.

Ademais, a decisão supracitada enquadrou-se no chamado ativismo maximalista, pois extrapolou os limites da demanda judicial e estabeleceu regras que dirigirão os resultados futuros, alheios, portanto, aos pedidos deduzidos na petição inicial.

Outro caso emblemático de ativismo, que será objeto de análise no próximo Capítulo, tratou-se da decretação da perda automática do mandato eletivo federal dos parlamentares condenados na Ação Penal 470/MG-STF, o “mensalão”.

2.4.2. O Ativismo do Supremo Tribunal Federal

Barroso (2008) entende que, no caso brasileiro, a expansão do poder decisório dos tribunais pode ser atribuída a três causas principais: a primeira está intrinsecamente ligada com o processo de redemocratização

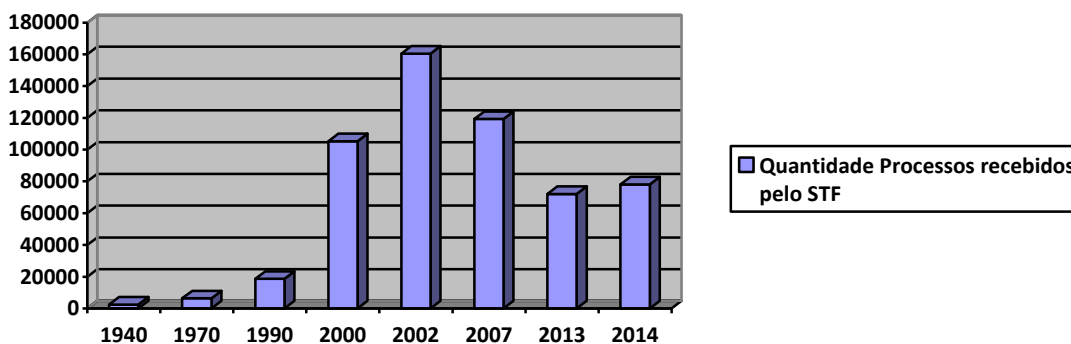
³⁹ Palavras do Ministro Joaquim Barbosa, quando da votação dos recursos finais realizada no dia 23/10/2013.

capitaneado pela atual Carta Magna, que transformou o Judiciário em um poder político, expandiu a competência institucional do Ministério Público e desenvolveu a estrutura das defensorias públicas; a segunda, se deve ao processo de constitucionalização de numerosos direitos e garantias individuais e sociais; e a terceira causa decorre da abrangência do controle de constitucionalidade brasileiro, o qual, em tese, permite que todo o tipo de questão política ou moralmente relevante seja levada ao Judiciário.

Alguns estudiosos, como Oscar Vilhena Vieira (2008), creditam a extensiva e, até certo ponto, excessiva regulação da vida social presente na Constituição de 1988 a uma prévia “desconfiança” que o Constituinte originário tinha dos futuros legisladores e administradores, pelo que seria necessária a estruturação do texto constitucional de tal modo que qualquer movimento mais brusco de um Poder em detrimento dos outros seja capaz de gerar um incidente de inconstitucionalidade, sujeito, portanto, a decisão do STF.

Daí, a explosão da litigiosidade institucional e constitucional entre os Poderes:

Gráfico 1 – processos recebidos pelo STF



Fonte: STF e Vieira (2008).

O gráfico⁴⁰ acima demonstra que, de algo em torno de 2.420 processos recebidos pelo Supremo em 1940, chegou-se a mais de 160 mil processos em 2002. Atualmente, mesmo com mecanismos que limitadores do acesso à via extraordinária, como a súmula vinculante e a repercussão geral, os números continuam na casa das dezenas de milhares.

⁴⁰ Dados retirados do site do Supremo Tribunal Federal (<http://www.stf.jus.br>) e do texto “Supremocracia” de Oscar Vilhena Vieira (2008).

Embora a proeminência política do Judiciário seja uma realidade em todas as instâncias, o STF tem se destacado neste contexto, a ponto de assumir o centro do nosso sistema político, estando cada vez mais presente na vida dos brasileiros que, gradativamente, vão se acostumando com o fato de que “questões cruciais de natureza política, moral ou mesmo econômicas são decididas por um tribunal, composto por onze pessoas, para as quais jamais votaram e a partir de uma linguagem de difícil compreensão” (VIEIRA, 2008, p. 442).

Vieira (2008) denomina esse fenômeno de Supremocracia⁴¹, expressão que denota, ao mesmo tempo, o papel do STF como órgão de cúpula do Poder Judiciário e a expansão de sua autoridade em face dos demais poderes, na qualidade de guardião da Constituição.

Em sua tese de doutoramento, intitulada “Ativismo Judicial no Brasil: O Supremo Tribunal Federal como arena de deliberação política”, o professor José de Ribamar Barreiros Soares (2010) se propôs identificar as causas do ativismo da Corte Constitucional brasileira, tendo em vista, como já adiantado, que ela rompe com o entendimento tradicional adotado pelo próprio STF em sua jurisprudência primeva, quando considerava algumas questões como sendo eminentemente políticas, sobre as quais não cabia a sua decisão.

Para tanto, o autor, a partir de três casos concretos clássicos que ilustram o protagonismo do Supremo, quais sejam, a verticalização das coligações, a instalação obrigatória de comissões parlamentares de inquérito e a perda de mandato decorrente da troca de partido, testou as suas quatro hipóteses explicativas do ativismo do STF: a) O ativismo judicial advém da crescente demanda por pronunciamento judicial quanto a questões políticas; b) o ativismo judicial decorre do descrédito do Poder Legislativo; c) o ativismo judicial permite que a sociedade exerça maior controle da ética na política; e d) o voluntarismo dos membros do Poder Judiciário em decidir questões políticas está na origem do ativismo judicial.

A primeira hipótese, “o ativismo judicial advém da crescente demanda por pronunciamento judicial quanto a questões políticas”, adveio

⁴¹ Antes de Vieira, Hirschl (2006) já falava de uma juristocracia, representada pela transferência de poderes das instâncias representativas para os órgãos judiciais, bem como do controle judicial para além das questões jurídicas, alcançando o que ele denominou de “megapolítica” (temas essencialmente políticos, como o processo eleitoral).

principalmente da reflexão de Ribamar acerca do livro “Juízes legisladores?” de Mauro Cappelletti e do artigo “*Activisme judiciaire et prudence interprétative*” de Guy Canivet, não fugindo, assim, do que já foi falado, quando se explicitou a ampliação do exercício da jurisdição constitucional e a redescoberta da cidadania e conscientização das pessoas em relação dos direitos individuais e coletivos constitucionalizados em 1988.

Por seu turno, a segunda hipótese explicativa, “o ativismo judicial decorre do descrédito do Poder Legislativo”, é traduzida nos mecanismos ritualísticos do processo legislativo que descambariam na lentidão do Poder Legislativo em oferecer respostas às dinâmicas demandas da sociedade, pelo que necessária a intervenção do juiz, ator político mais eficiente para adaptar permanentemente o “direito às necessidades sempre cambiantes da vida real” (SOARES, 2010, p. 10).

A terceira hipótese, “o ativismo judicial permite que a sociedade exerça maior controle da ética na política”, teve como referencial teórico principal o livro “O juiz e a democracia: o guardião de promessas” de Antoine Garapon, segundo o qual haveria uma crise de legitimidade das instituições representativas assolando as democracias ocidentais.

Garapon (1999), ao debater sobre o modelo francês, defende que a expansão do Poder Judiciário decorreria da transferência do simbolismo da democracia da política para a Justiça, novo reflexo da moralidade pública e da dignidade democrática.

Haveria, pois, a necessidade do controle da moralidade política pelas Cortes, haja vista a falta de confiabilidade das instituições políticas, o que tem levado ao aumento da procura por soluções judiciais.

No âmbito doméstico, Soares destaca os novos contornos que a moralidade e a eficiência, alçados pela Carta magna atual a categoria de princípios, deram a atuação dos tribunais, pois a mera observância à lei, por si só, não isenta mais o agente público do controle judicial:

Antes do advento da Constituição de 1988, a tese predominante era no sentido de ligar a moralidade ao próprio conceito de legalidade, daí a dificuldade de anulação de atos imorais, porém não manifestamente ilegais. Para anular um ato imoral, era necessário demonstrar que esse ato também era ilegal. Após a Constituição de 88, passou-se a ter a

possibilidade de anular ato legal, porém imoral, tendo em vista a autonomia deste princípio (SOARES, 2010, p. 11).

Inclusive, registre-se, a título de curiosidade, que o tema, moralidade, foi a tônica das campanhas eleitorais 2014, sendo o ambiente de acusações recíprocas entre os candidatos uma constante, notadamente nos pleitos majoritários de Governador e de Presidente da República.

Por fim, a quarta hipótese explicativa de José Ribamar, “o voluntarismo dos membros do Poder Judiciário em decidir questões políticas está na origem do ativismo judicial”, baseia-se nas obras “Judicial Activism, in Judges in Contemporary Democracy” de Dieter Grimm e “The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts” de Ran Hirschl.

Neste ponto, José de Ribamar atribui o voluntarismo do juiz em revisar atos políticos a dois fatores principais. O primeiro deles refere-se à “falta de envolvimento dos parlamentares com determinadas matérias polêmicas, fazendo com que a sociedade leve essas questões ao Poder Judiciário, para que este produza soluções para os casos apresentados” (SOARES, 2010, p. 13).

Esse déficit de envolvimento do político pode ser sentido, sobretudo, na deliberação de matérias impopulares, que poderão afetar um contexto de reeleição, e de políticas públicas de longo prazo, cujos efeitos não poderão ser quantificados em votos no pleito vindouro (Grimm, 2006).

O segundo fator facilitador do voluntarismo judicial, já problematizado nesta pesquisa, decorre de uma tendência do magistrado de externar, por meio de suas decisões, suas escolhas políticas, identificando e corrigindo, por meio de um processo interpretativo inovador, o que ele entende como possíveis defeitos da seara político-partidária.

Campos (2014), por sua vez, explica o salto ativista do STF deve-se a fatores institucionais, sociopolíticos e jurídico-culturais. O novo desenho institucional foi dado ao Supremo pelo Constituinte originário de 1988 e pelo legislador pós-1988 (com emendas constitucionais, como a EC 45/2004, e leis ordinárias, como as Leis ns. 9.868/1999 (“Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal”) e 9.882/1999 (“Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de

preceito fundamental”)).

Do ponto de vista sociopolítico, as variáveis favoráveis transitam entre a duradoura estabilidade democrática do país e a fragmentação do poder político, que possibilitou o aumento do conflito entre os atores políticos e, por conseguinte, a procura da Corte para sua composição.

Também contribuiu o fato de, em muitas oportunidades, o Supremo ter decidido sobre temas satisfativos à vontade popular, como foi o caso da proibição do nepotismo, o que legitimou socialmente algumas de suas decisões. Assim, mesmo que eventualmente conflitivas com os ideais/interesse dos outros Poderes, são por esses apoiados, pois, do contrário, poderá ter “custos eleitorais”, ou seja, combater a Súmula Vinculante anti-nepotismo seria o mesmo que apoiar prática impopular entre os potenciais eleitores.

Um dado interessante trazido por pesquisa realizada pela Fundação Getúlio Vargas⁴², coordenada pela professora Fabiana Luci de Oliveira, revelou que grandes decisões que o Supremo tomou nos últimos tempos, as quais atingiram milhares de brasileiros, como a impossibilidade de estados concederem isenção ou redução de ICMS; as novas regras para o pagamento de aviso-prévio proporcional a trabalhadores demitidos; a união homoafetiva; o caso Cesare Battisti; e a marcha da maconha, são percebidas de forma e em amplitude diferente pelas pessoas de acordo com sua renda e a sua escolaridade, havendo uma correlação entre essas variáveis e o conhecimento e aceitação do Supremo.

Segunda a pesquisa, quanto maior o nível de renda e educação maior o conhecimento e a aceitação do papel político do Supremo. Assim, “combater a miséria e investir em educação seria legitimar o Supremo e institucionalizar a democracia de três Poderes interindependentes”:

⁴² Pesquisa realizada em julho de 2011 pela Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Para maiores detalhes cf. <<http://direitorio.fgv.br/node/1902>>.

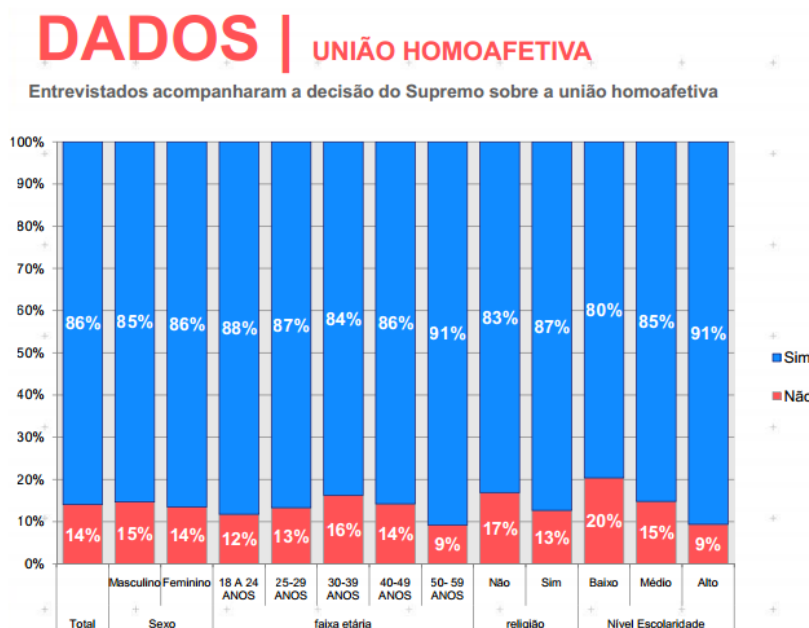


Figura 1 – Aceitabilidade das decisões do STF.

Fonte: http://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/Pesquisa_STF_Opiniao_Publica.pdf

Sob a ótica jurídico-cultural o salto ativista advém da mudança da postura da Corte no que tange à percepção do texto constitucional, abandonam-se aquela visão puramente formalista e literalista em favor de uma interpretação mais criativa e concretizadora dos princípios expressos e implícitos na Carta magna. Isso se deu, sobretudo com a renovação do quadro de ministros.

Essa nova ótica foi bem expressada pelo então Presidente do STF, Ministro Gilmar Mendes, em entrevista ao jornal “Valor Econômico”⁴³, quando declarou que atualmente o Supremo é a “Casa do Povo”⁴⁴ e, portanto, representa democraticamente a sociedade, “suprindo as deficiências do Poder Legislativo”.

O Ministro fundamenta a representatividade do Tribunal em Alexy (2007), segundo o qual as Cortes Constitucionais possuem uma representatividade argumentativa perante a sociedade. Essa representatividade estaria legitimada na participação nos debates dos julgamentos de entidades, associações e outros movimentos sociais.

No STF, desde 2004, não raras são as vezes em que a Corte realiza audiências públicas antes do julgamento de temas moral e socialmente

⁴³ Valor Econômico, 9/06/2008, Política, p. A6.

⁴⁴ Registre-se que o título de “Casa do Povo” também é reclamado pela Câmara dos Deputados.

relevantes, como foram os casos do julgamento da juridicidade do aborto do feto anencefalo e da realização de pesquisa com células tronco, sendo certo que, em várias oportunidades, o debate no Tribunal mostrou-se mais amplo do que o realizado no Congresso Nacional:

Essa representação pela argumentação tem sido utilizada com força pelo STF nos últimos quatro anos. Como ela funciona? Antes de levar grandes questões a julgamento, o tribunal recebe todo o tipo de argumentação através de entidades, associações, advogados públicos e privados. Assim, cada julgamento se tornou um embate onde as mais diversas correntes se manifestam. Durante o caso das células-tronco, Gilmar Mendes foi bastante específico neste ponto. Ele citou a realização de audiências públicas para ouvir a população, a atuação do Ministério Público – segundo ele, o representante da sociedade perante o tribunal –, a advocacia pública – representada pela AGU – e a advocacia privada – na qual foram ouvidos representantes da igreja e dos institutos de pesquisa – e, por fim, a presença dos "amicus curie". Os "amicus", ou "amigos da Corte" são entidades interessadas no julgamento que obtêm espaço no tribunal para manifestarem a sua posição. É o caso da Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) ou do Movimento em Prol da Vida, favorável às pesquisas com embriões (BASILE, 2008).

3. O ATIVISMO JUDICIAL DO STF E A DECRETAÇÃO DA PERDA AUTOMÁTICA DO MANDATO ELETIVO DOS DEPUTADOS FEDERAIS CONDENADOS NO “MENSALÃO”

A reflexão histórica e teórica levada à efeito nos capítulos anteriores nutriu o debate com importantes subsídios para análise da postura ativista do STF ao decretar a perda automática do mandato dos parlamentares condenados no “mensalão”.

Viu-se que o ativismo judicial é uma postura de supremacia institucional do Poder Judiciário que, dentro de uma dada realidade sociopolítica e jurídico-constitucional, expande seu poder político-decisório em face dos demais Poderes, manifestando-se em uma ou várias dimensões como, por exemplos: a) na criação de direito novo em substituição ao Parlamento; b) na implementação de políticas públicas em substituição ao Executivo; c) na desconsideração de atos praticados pelos demais atores políticos, mesmo que dentro dos limites de suas respectivas competências constitucionais ou legais; e d) na interpretação excessivamente ampliativa de normas e princípios constitucionais, de modo a concretizar programas e princípios que teriam sido estabelecidos pelo legislador constituinte originário.

Ademais, frisou-se ser mais conveniente não confundir o ativismo judicial com a correção ou, mesmo legitimidade, de decisões judiciais particulares, porquanto mais relevante compreender a postura institucional do Judiciário dentro do respectivo quadro jurídico-constitucional e, sobretudo, político-social posto, e não o mérito ou a correção da decisão de casos concretos.

Sem dúvidas, uma decisão jurisdicional a favor do reconhecimento civil de uniões homoafetivas seria percebida pela sociedade como sendo bem mais ativista há cinquenta anos do que o foi quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132 pelo Supremo em 2011.

Daí a importância da prévia compreensão do contexto político-social e jurídico-constitucional em que uma decisão foi prolatada, pois, em dado período, ela pode ser considerada essencialmente ativista, ao passo que

pouco tempo depois pode ser entendida como ordinária, sem relevância institucional.

Nesta perspectiva, nos dois primeiros tópicos deste Capítulo serão evidenciados o quadro jurídico-constitucional e o contexto político-social que margearam o julgamento do “mensalão”.

Em relação à conjuntura jurídico-constitucional, será feito um breve resgate histórico, com amparo nas notas taquigráficas da Constituinte de 1988, do nascedouro dos dispositivos constitucionais, notadamente do art. 55, VI e § 2º, da Constituição, que é o ponto central da discussão acerca da perda do mandato eletivo federal no caso de condenação criminal irrecorrível.

Também serão apresentadas as motivações jurídicas que levaram a Corte a diferentes posicionamentos nesta seara. Para tanto, foram selecionados aqueles acórdãos que marcaram essas posições, os quais, em geral, são reconhecidos pela sua utilização como precedente no julgamento de situações idênticas ou análogas.

Neste sentido, serão objeto de reflexão: a) o RE 179.502/STF/SP de relatoria do Ministro Moreira Alves, julgado em 31/05/1995, o qual balizou o julgamento do RE 225.019/STF/GO de relatoria do Ministro Nelson Jobim, julgado em 08/09/1999, e do RE 418.876/STF/MT de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 30/03/2004; b) a Ação Penal 470/STF/MG (“mensalão”) de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, julgado em 17/12/2012; e c) a Ação Penal 565/STF/RO (“Perda do Mandato do Senador Ivo Cassol”) de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, julgado em 08/08/2013.

Será dado um enfoque maior nas razões de decidir do voto vencedor do julgamento, pois, ao cabo, ele representará o posicionamento do STF em cada caso e balizará, até que se mude o entendimento, os julgamentos posteriores sobre o mesmo tema.

Quanto ao contexto político-social, além da retomada do quadro amplo já traçado no Capítulo 2, serão utilizadas informações buscadas em notícias jornalísticas referentes ao julgamento da Ação Penal n. 470/MG e pesquisas realizadas pelo Instituto Datafolha sobre o tema, as quais auxiliarão na apreensão do tecido sociopolítico vivido à época do julgamento.

No último tópico, serão verificadas as dimensões do ativismo

judicial do Supremo Tribunal Federal na decretação da perda automática do mandato dos parlamentares federais condenados no “mensalão” e a postura da Câmara dos Deputados neste cenário.

3.1. Quadro jurídico-constitucional

No pós-Constituição de 1988, a discussão sobre a competência para a decretação da perda do mandato eletivo federal em face de condenação criminal em sentença transitada em julgado orbita, principalmente, em torno dos seguintes dispositivos constitucionais:

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

(...)

§ 3º - São condições de elegibilidade⁴⁵, na forma da lei:

I - a nacionalidade brasileira;

II - o pleno exercício dos direitos políticos⁴⁶;

III - o alistamento eleitoral;

IV - o domicílio eleitoral na circunscrição;

V - a filiação partidária; (...)

Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou **suspensão** só se dará nos casos de:

I - cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado;

II - incapacidade civil absoluta;

III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;

IV - recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII;

V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.

Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador:

I - que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior;

II - cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar;

III - que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à

⁴⁵ São os pressupostos necessários para que uma pessoa possa participar de um pleito eleitoral no papel de candidato, ou seja, tem a natureza jurídica de requisitos para o exercício da capacidade eleitoral passiva (MASSAROLLO, 2012).

⁴⁶ Trata-se da ausência de impedimentos para votar e ser votado. Para que o indivíduo possa ser candidato ele tem que estar no pleno gozo dos direitos políticos na data do pedido de registro da candidatura, ou seja, até às 19 horas do dia 5 de julho do ano eleitoral (MASSAROLLO, 2012).

terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada;

IV - que perder ou tiver suspensos os direitos políticos;

V - quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição;

VI - que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado.

§ 1º - É incompatível com o decoro parlamentar, além dos casos definidos no regimento interno, o abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional ou a percepção de vantagens indevidas.

§ 2º Nos casos dos incisos I, II e VI, a perda do mandato será decidida⁴⁷ pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 76, de 2013)

§ 3º Nos casos previstos nos incisos III a V, a perda será declarada pela Mesa da Casa respectiva, de ofício ou mediante provocação de qualquer de seus membros, ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.

§ 4º A renúncia de parlamentar submetido a processo que vise ou possa levar à perda do mandato, nos termos deste artigo, terá seus efeitos suspensos até as deliberações finais de que tratam os §§ 2º e 3º. (Incluído pela Emenda Constitucional de Revisão nº 6, de 1994) (grifou-se)

O disposto no supracitado art. 15, III, da Carta Magna vigente, o qual estabelece a suspensão dos direitos políticos, no caso de condenação criminal em sentença transitada em julgado, não configura novidade no constitucionalismo brasileiro, tendo suas raízes no art. 8º da Constituição Imperial de 1824:

Art. 8. Suspende-se o exercicio dos Direitos Politicos

I. Por incapacidade physica, ou moral.

II. Por Sentença condemnatoria a prisão, ou degredo, enquanto durarem os seus effeitos.

As Constituições posteriores, ao contrário da de 1824, que restringia a suspensão dos direitos políticos aos casos de condenação criminal à prisão ou ao degredo, não fizeram nenhuma distinção entre os diversos tipos de condenação, pelo que bastava a condenação criminal para que fosse

⁴⁷ Observe que aqui se fala em "decisão", ou seja, pressupõe que a Câmara dos Deputados ou o Senado poderá ou não decretar a perda do mandato do parlamentar nas hipóteses dos incisos I, II e VI, por outro lado, a regra do § 3º fala que, nos casos por ela alcançados (incisos III a V), a Mesa da Casa respectiva necessariamente "declarará" a perda. A percepção dessa diferenciação é de suma importância para o entendimento das discussões vindouras. (grifou-se)

acarretada a suspensão dos direitos políticos.

A Assembleia Nacional Constituinte de 1988, no Anteprojeto do Relator da Subcomissão Temática (Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo), não previu inicialmente a possibilidade de perda de mandato decorrente de condenação criminal transitada em julgado.

Nessa fase inicial, a previsão de decisão da Câmara dos Deputados ou do Senado a respeito da perda do mandato, nos termos do estabelecido no art. 55, § 2º, da CF/1988, ficava restrita às incompatibilidades com o exercício do mandato parlamentar e à quebra do decoro parlamentar.

Apenas em um momento posterior, por meio de um novo Anteprojeto da Comissão de Organização dos Poderes e Sistema de Governo, que se previu que o Deputado ou Senador perderia o mandato caso sofresse condenação criminal em sentença transitada em julgado, todavia, o anteprojeto foi omissivo no que tange a quem competiria a operacionalização desta perda.

A lacuna foi colmatada, preliminarmente, pela Comissão de Sistematização, que entendeu que o caso seria de mera declaração da Mesa da Câmara dos Deputados ou do Senado, conforme o caso. Essa foi a redação submetida à votação do Plenário Constituinte.

Porém, em sede de votação, o parlamentar Antero de Barros propôs uma emenda modificativa dos §§ 2º e 3º do art. 68 do projeto, que correspondem aos mesmos parágrafos do atual art. 55 da Constituição, a qual estabelecia que, nos casos de condenação criminal em sentença transitada em julgado, a perda do mandato seria submetida à decisão do Plenário e não à mera declaração das Mesas das respectivas Casas Legislativas.

Eis o teor da emenda em comento:

EMENDA Nº 1.895 – MODIFICATIVA
(Do Sr. Antero de Barros)

Dá-se aos §§ 2º e 3º do art. 68 a seguinte redação:

Art. 68. § 2º Nos casos dos incisos I, II e VI deste artigo, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por voto secreto e maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional.

§ 3º Nos casos previstos nos incisos III a V, a perda será declarada pela Mesa da Casa respectiva, de ofício ou mediante

provocação de qualquer de seus membros, ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada plena defesa.

A emenda foi assim contextualizada pelo Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, Ulysses Guimarães:

O SR. PRESIDENTE (Ulysses Guimarães): – O texto proposto é de autoria do nobre Constituinte Antero de Barros, com destaque do Constituinte Fernando Lyra, que querem o preceituado no inciso VI, que se refere a perda de mandato de Deputado e Senador.

Diz o texto do Inciso VI:

‘Será cassado o mandato do Deputado ou Senador que sofrer condenação criminal, em sentença definitiva ou irrecorrível, pelo Supremo Tribunal Federal’.

O texto do ‘Centrão’ estabelece que, na hipótese – como está escrito no § 3º – quando houver condenação irrecorrível, a Mesa da Câmara dos Deputados, ou do Senado Federal, reconhece, homologa e ratifica essa situação da sentença que transitou em julgado – sentença irrecorrível do Supremo Tribunal Federal.

Querem os nobres autores que, havendo a sentença do Supremo Tribunal Federal, ainda seja suscetível de decisão por parte do Plenário, da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal. Ou se mantém o texto, pelo qual a Mesa, de forma homologatória reconhece a decisão já tomada pelo Supremo Tribunal Federal, ou permanece a decisão pela Câmara ou Senado.

Há que se recordar também – e todos sabem disso – que, pela sistemática adotada na hipótese, no elastério estabelecido, o processo contra Deputado e Senador depende de autorização da Câmara ou do Senado. Somente com autorização da Câmara e do Senado o processo poderá ir a julgamento no Supremo Tribunal Federal. (grifou-se)

A alteração também foi defendida pelo Constituinte Nelson Jobim, o qual, mais tarde, se tornaria Ministro do STF, tendo sido aprovada por uma expressiva maioria de 407 votos⁴⁸:

O SR. NELSON JOBIM (PMDB – RS. Sem revisão do orador.):
(...)

Neste caso, teríamos a seguinte hipótese absurda; um Deputado ou um Senador que viesse a ser condenado por acidente de trânsito teria imediatamente, como consequência da condenação, a perda do seu mandato, porque a perda do mandato é pena acessória à

⁴⁸ A Assembleia Nacional Constituinte era composta por 559 congressistas.

condenação criminal.

Portanto, o ato da Mesa seria meramente declaratório. Visa a emenda a repor este equívoco e fazer com que a competência para a perda do mandato, na hipótese de condenação em ação criminal ou em ação popular, seja do Plenário da Câmara ou do Senado, e não de competência da Mesa.

Deste modo, tratar-se-ia de decisão política a ser tomada pelo Plenário de cada uma das Casas, na hipótese de condenação judicial de um Parlamentar, e não teríamos uma imediata entre a condenação e a perda do mandato, em face da competência que está contida no projeto (grifou-se).

Assim, ao fim do processo Constituinte, a Carta Política fixou (art. 55, § 2º) que, em se tratando de Deputado Federal e de Senador, a decretação da perda do mandato em face de condenação criminal irrecorrível dependeria da decisão/deliberação da respectiva Casa Legislativa.

Nesse mesmo sentido, tem se posicionado vários autores:

Conforme ressaltado, no que concerne a deputado federal ou senador (e também a deputado estadual ou distrital, por força do disposto nos arts. 27, § 1º, e 32, § 3º, da CF): 'a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por voto secreto e maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa' (CF, art. 55, VI, § 2º). Portanto, nesses casos, a perda do mandato não é automática. Essa regra visa preservar o princípio da independência dos poderes (GOMES, 2010, p. 121).

A finalidade dessa exceção à regra do art. 15, III, é garantir a independência do Parlamento perante os demais Poderes do Estado. (...) Daí a perda do mandato ser decidida não pelo Judiciário mas pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, em votação secreta e por maioria absoluta dos votos, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político devidamente representado no Congresso, preservada a ampla defesa. Como se pode observar, o congressista somente perderá o mandato mediante ato político-discrecional da respectiva Casa Legislativa a que pertencer, e não por ato judicial transitado em julgado. Esse é o posicionamento pacífico do Supremo Tribunal Federal (BULOS, 2011, p. 899).

Nas hipóteses de violação de impedimentos ou incompatibilidades, de procedimento incompatível com o decoro parlamentar, ou mesmo de condenação criminal, a perda é decidida – assim expressamente diz a Carta – por maioria absoluta dos membros da Casa interessada, em votação secreta, e isto se tiver havido provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no

Congresso Nacional. Claro está que, neste caso, a decretação da perda é ato discricionário da Casa (Constituição, art. 55, § 2º) (FERREIRA FILHO, 2012, p. 166).

Assim, em face de duas normas constitucionais aparentemente conflitantes (CF, art. 15, III e 55, VI), deve-se procurar delimitar o âmbito normativo de cada uma, vislumbrando-se sua razão de existência, finalidade e extensão, para então interpretá-las no sentido de garantir-se a unidade da Constituição e a máxima efetividade de suas previsões. A partir dessa análise, percebe-se que a razão de existência do 55, VI e § 2º, da Constituição Federal é de garantir ao Congresso Nacional a durabilidade dos mandatos de seus membros (deputados federais e senadores da República), com a finalidade de preservar a independência do Legislativo perante os demais poderes, tendo a sua extensão delimitada tão somente aos próprios parlamentares federais, por expressa e taxativa previsão constitucional. Trata-se, pois, de uma norma constitucional especial e excepcional em relação à previsão genérica do 15, inciso III (MORAES, 2002).

Esse foi e é o quadro constitucional macro que permeou e permeia todas as decisões do STF sobre o tema, resta investigar o porquê de, em não havendo qualquer mudança de cunho normativo, a Corte Constitucional ter alterado sua jurisprudência, decretando a perda automática dos mandatos dos parlamentares federais condenados no “mensalão”.

Com esse intuito, imperioso trazer à tona as razões declinadas pelo Supremo para firmar os dois entendimentos contrapostos, um pela impossibilidade e outro pela possibilidade da decretação judicial da perda do mandato federal dos condenados criminalmente.

Talvez, essas razões expliquem alguma alteração na contextura jurídica que explicita essa temporária mudança de posição no caso particular da Ação Penal 470/MG.

3.1.1. Razões utilizadas pelo STF para firmar seu entendimento primevo no sentido da impossibilidade da decretação judicial da perda do mandato eletivo federal de condenado criminalmente em decisão irrecorrível: RE 179.502/SP

O precedente mais remoto utilizado pelo STF e o balizador de sua jurisprudência atualmente dominante no sentido da impossibilidade da decretação judicial da perda do mandato eletivo federal de condenado

criminalmente em decisão irrecorrível é o RE 179.502/SP de relatoria do Ministro Moreira Alves, julgado em 31/05/1995.

Cuidou-se de Recurso Extraordinário em desfavor do candidato eleito para o cargo de vereador pelo Município de Araçatuba/SP, Genilson Senche, o qual, no curso do pleito municipal em epígrafe, foi condenado por crime eleitoral contra a honra, estando, à época, sob a incidência da suspensão condicional do processo⁴⁹ e, portanto, com seus direitos políticos suspensos por força do art. 15, III, da CF/1988.

Veja-se a ementa do acórdão:

Condição de elegibilidade. Cassação de diploma de candidato eleito vereador, porque fora ele condenado, com trânsito em julgado, por crime eleitoral contra a honra, estando em curso a suspensão condicional da pena. Interpretação do artigo 15, III, da Constituição Federal.

Em face do disposto no artigo 15, III, da Constituição Federal, a suspensão dos direitos políticos se dá ainda quando, com referência ao condenado por sentença criminal transitada em julgado, esteja em curso o período de suspensão condicional da pena.

O voto vencedor foi o do Ministro Moreira Alves que assentou seu entendimento sobre o aparente conflito entre os arts. 15, III, e 55, IV e VI, da CF/1988:

É certo - como observou o eminente Ministro Sepúlveda Pertence - que, na Constituição atual, há um complicador, a ser levado em conta para a interpretação desse artigo 15, III: a separação feita, no artigo 55, que trata das causas de perda de mandato parlamentar, entre a perda ou a suspensão dos direitos políticos (inciso IV) e a condenação criminal em sentença transitada em julgado (inciso VI), daí decorrendo, ainda, que, quanto à primeira, a perda do mandato será simplesmente declarada pela Mesa da Câmara dos Deputados ou do Senado, ao passo que, com referência à segunda, será ela decidida por voto secreto e maioria absoluta.

Por isso, entende sua Excelência [Min. Pertence] que essa distinção afasta a auto-aplicabilidade do art. 15, III, pois, para conciliá-lo com os referidos princípios do art. 55, é

⁴⁹ Em suma, nos termos do art. 89 da Lei n. 9.099/1999, a suspensão condicional do processo é um instituto aplicável no processamento de crimes de menor potencial ofensivo, no qual o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, propõe a suspensão condicional do processo, de dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime e de que estejam presentes os demais requisitos autorizadores listados no art. 77 do Código Penal, a saber: a) o réu não pode ser reincidente em crime doloso; b) a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, autorizarem a concessão do benefício; e não seja indicada ou cabível a substituição por uma pena restritiva de direito.

indispensável que se admita que a lei federal possa prever hipóteses, conforme a natureza e a gravidade da infração penal e da pena aplicada, em que a condenação criminal não acarretará a suspensão de direitos, nem conseqüentemente a perda automática do mandato eletivo (fl. 1.698).

Os Ministros Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio, votos vencidos na ocasião, manifestaram no sentido da não aplicabilidade automática do art. 15, III, da Constituição Federal, o qual estaria a depender de regulamentação por lei que indicasse as hipóteses em que a condenação criminal culminaria na suspensão dos direitos políticos.

Ainda assim, completa Marco Aurélio, seria salutar a previsão expressa na sentença no que tange à decretação da perda do mandato:

Há de vir a lei que especifique os crimes que ensejam, uma vez sobrevindo condenação, a suspensão em comento, valendo notar, também, que o aconselhável seria a previsão no próprio título criminal (...) A definição dos crimes capazes de ensejar a drástica consequência, que é a suspensão dos direitos políticos, não pode ficar sujeita à formação humanística e profissional do julgador. É preciso que venha um diploma legal que, potencializando certos interesses da sociedade, revele quais os crimes que, imputados e extremos de dúvida via sentença condenatória coberta pelo manto da coisa julgada, ensejam a suspensão dos direitos políticos (fl. 1719).

Entretanto, a maioria da Corte entendeu que a antinomia entre os dois preceitos referidos deveria ser resolvida pelo critério da especialidade, segundo o qual a lei especial restringe, nos limites do seu âmbito de atuação, a lei geral, sendo certo, portanto, que o art. 15, III, encerra princípio geral de aplicação imediata, independente de regulamentação, e que o art. 55, § 2º, é norma especial aplicável somente aos parlamentares federais.

Desse modo, preservou-se a vigência do art. 15, III, da Constituição, fazendo com que todos, à exceção do parlamentar federal, os quais são abrangidos pela excepcionalidade do art. 55, § 2º, fique com seus direitos políticos suspensos, enquanto durarem os efeitos da condenação criminal transitada em julgado a que tiverem submetidos.

Neste ponto, ressalte-se a importância desse precedente para a discussão travada nessa dissertação, pois, embora, a princípio, refuja da questão proposta, perda de mandato eletivo federal, pois se tratava de um mandato de vereador, foi a baliza interpretativa dos arts. 15, III, e 55, VI e § 2º,

pelo STF até o final de 2012, época do julgamento desta questão no caso do “mensalão”:

No caso, o complicador introduzido pelo artigo 55 da atual Constituição gerou, apenas, um conflito de normas entre esse dispositivo, 55, e o art. 15, III, pela inconciliabilidade que há entre a generalidade do preceito desse artigo 15, III, e a especialidade das normas contidas no citado artigo 55.

O que há é uma antinomia do tipo que BOBBIO (...) denominou ‘antinomia total-parcial’, e que se resolve com o critério especialidade, pelo qual a *lex specialis* restringe, nos limites de seu âmbito, a *lex generalis*. De feito, é indubitável que o preceito contido do inciso III do artigo 15 é princípio geral que sempre se entendeu auto-aplicável nas Constituições anteriores à atual que, à semelhança desta, não exigiam a sua regulamentação por lei infraconstitucional, como também é indubitável que as normas do artigo 55, inclusive as que entram em choque com a generalidade do inciso III do artigo 15 são especiais, pois só são aplicáveis a parlamentares [federais/estaduais].

Assim sendo, tem-se, por esse critério da especialidade - sem retirar a eficácia de qualquer das normas em choque, o que só se faz em último caso, pelo princípio dominante no direito moderno, de que se deve dar a máxima eficácia possível às normas constitucionais -, o problema se **resolve excepcionando-se da abrangência da generalidade do 15, III, os parlamentares referidos no artigo 55, para os quais, enquanto no exercício do mandato, a condenação criminal por si só, e ainda quando transitado em julgado, não implica a suspensão dos direitos políticos, só ocorrendo tal se a perda do mandato vier a ser decretada pela Casa a que ele pertencer** (grifou-se) (fls. 1.699-1.700).

Nesta perspectiva, em suma, as razões utilizadas pelo STF para firmar seu entendimento primevo no sentido da impossibilidade da decretação judicial da perda do mandato eletivo federal dos condenados criminalmente em decisão irrecorrível giram em torno do critério interpretativo da especialidade, pelo qual a regra geral da suspensão dos direitos políticos ao condenado em sentença criminal transitada em julgado é excepcionada pelo mandamento específico do art. 55, VI e § 2º, ou seja, quando se tratar de deputado federal e senador⁵⁰.

Desse modo, tal como elucida o voto vencedor, o Tribunal estaria interpretando o texto constitucional de forma sistemática, não retirando a eficácia das normas em choque (arts. 15, III, e 55, VI e § 2º), as quais, por fim,

⁵⁰ Pelo princípio da simetria, a interpretação também tem sido aplicada aos deputados estaduais e distritais.

foi dada a máxima eficácia possível.

3.1.2. Razões utilizadas pelo STF para firmar seu entendimento no sentido da possibilidade da decretação judicial da perda do mandato eletivo federal de condenado criminalmente em decisão irrecorrível: o caso do “mensalão”

A Ação Penal 470/MG, midiaticamente conhecida como “mensalão do Partido dos Trabalhadores (PT)” ou simplesmente “mensalão” marcou a mudança do entendimento do STF no sentido da possibilidade da decretação judicial da perda do mandato eletivo federal de condenado criminalmente em decisão irrecorrível:

A palavra mensalão foi então adotada pela mídia para se referir ao caso. A palavra foi usada pela primeira vez quando Deputado Federal Miro Teixeira denunciou, em setembro de 2004, ao Jornal do Brasil a existência de um mensalão, mas o denunciante não levou o assunto adiante. Meses depois, a palavra foi grafada no jornal Folha de S.Paulo, na matéria do dia 6 de junho de 2005, utilizada e disseminada pelo então Deputado Federal Roberto Jefferson. A palavra, tal como ela é, foi utilizada também na mídia internacional, sempre acompanhada de uma pseudotradução. Em espanhol, já foi traduzida como *mensalón* e, em inglês, como *big monthly allowance* (grande pagamento mensal) e *vote-buying* (compra de votos) (in: http://pt.wikipedia.org/wiki/Esc%C3%A2ndalo_do_Mensal%C3%A3o).

A ação penal supracitada narra a existência, segundo as investigações do Ministério Público Federal, de um complexo esquema de distribuição de recursos públicos e privados para pagamento de propina a dezenas de parlamentares que compuseram a base aliada do ex-Presidente da República, Luís Inácio Lula da Silva, entre os anos de 2003 e 2005, a fim de que votassem a favor de projetos do governo.

A prática ilícita foi descoberta a partir da divulgação pela Revista Veja de gravações em que um dirigente da Empresa de Correios e Telégrafos, indicado pelo Partido Trabalhista Brasileiro – PTB, revela a intensa prática de corrupção naquela empresa estatal, tendo como líder o então deputado federal e presidente do PTB, hoje presidiário, Roberto Jefferson, o qual, supostamente acuado pela falta de apoio do governo naquele momento de

crise, passou a delatar todas engrenagens do “mensalão”, as quais transbordava e muito àquelas praticadas nos Correios e atingia a alta cúpula do Partido dos Trabalhadores e de seus aliados, tendo como suposto mentor o então Ministro-Chefe da Casa Civil, José Dirceu:

No dia 6 de junho de 2005, o jornal "Folha de São Paulo" publicou uma entrevista com o deputado federal Roberto Jefferson (PTB-RJ), na qual ele revelava a existência do pagamento de propina para parlamentares. Segundo o presidente do PTB, congressistas aliados recebiam o que chamou de um "mensalão" de R\$ 30 mil do então tesoureiro do PT, Delúbio Soares. O esquema teria sido realizado entre 2003 e 2004, segundo relatório final da CPI dos Correios, e durado até o início de 2005. Jefferson afirmou ainda que falou do esquema para o presidente Lula (RODRIGUES, 2012).

As investigações revelaram que instituições financeiras e a Câmara dos Deputados injetavam recursos nas contas de empresas de propaganda, administradas por Marcos Valério, responsável por organizar a alimentação financeira do esquema. Daí o surgimento do termo *valerioduto*:

Foi descoberto em julho de 2008, durante uma investigação sobre o banqueiro Daniel Dantas, que o Banco Opportunity foi uma das principais fontes de recursos do mensalão. Através do Banco Opportunity, Daniel Dantas era o gestor da Brasil Telecom, controladora da Telemig e da Amazonia Telecom. As investigações apontaram que essas empresas de telefonia injetaram R\$ 127 milhões nas contas da DNA Propaganda, administrada por Marcos Valério, o que, segundo a PF, alimentava o valerioduto, esquema de pagamento ilegal a parlamentares (in: http://pt.wikipedia.org/wiki/Esc%C3%A2ndalo_do_Mensal%C3%A3o).

O infográfico abaixo resume o caminho seguido pelos recursos utilizados nos crimes:

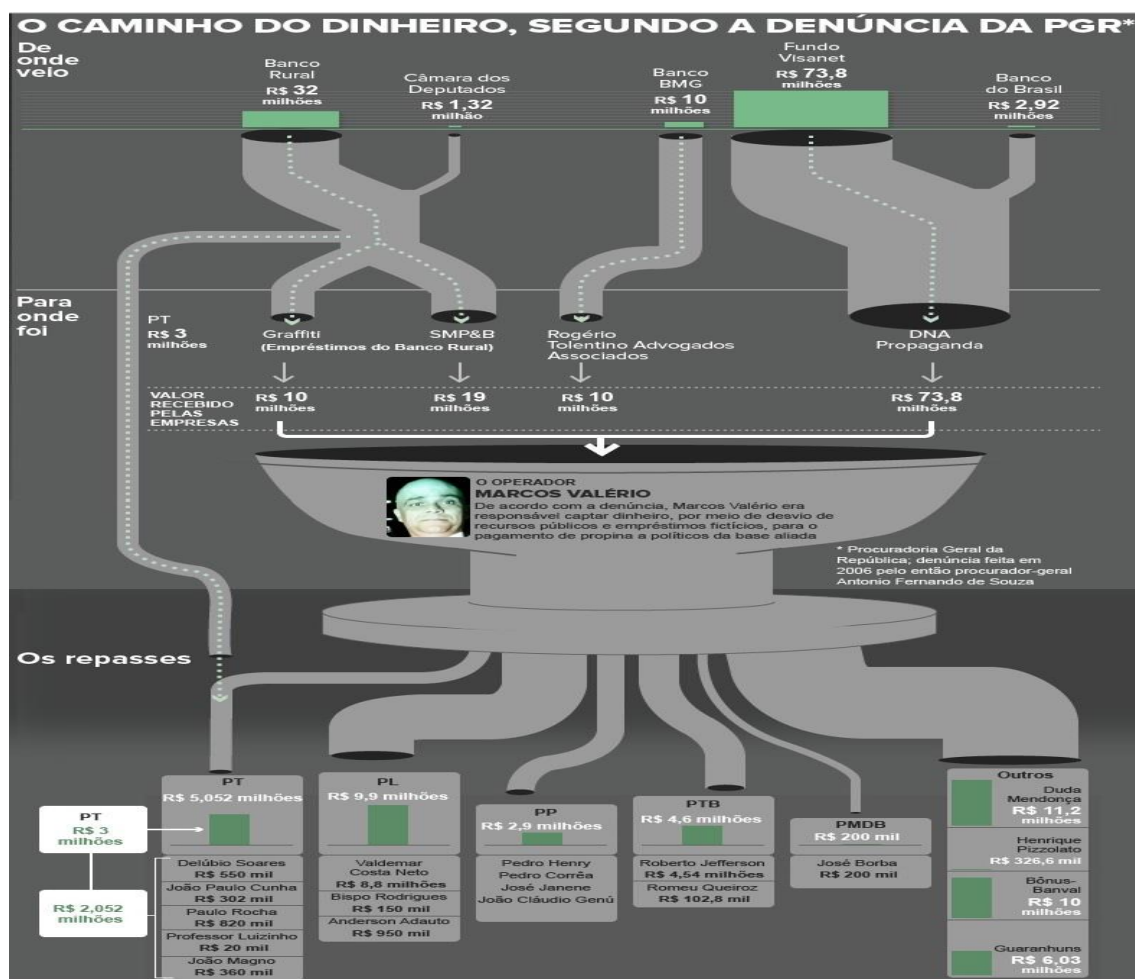
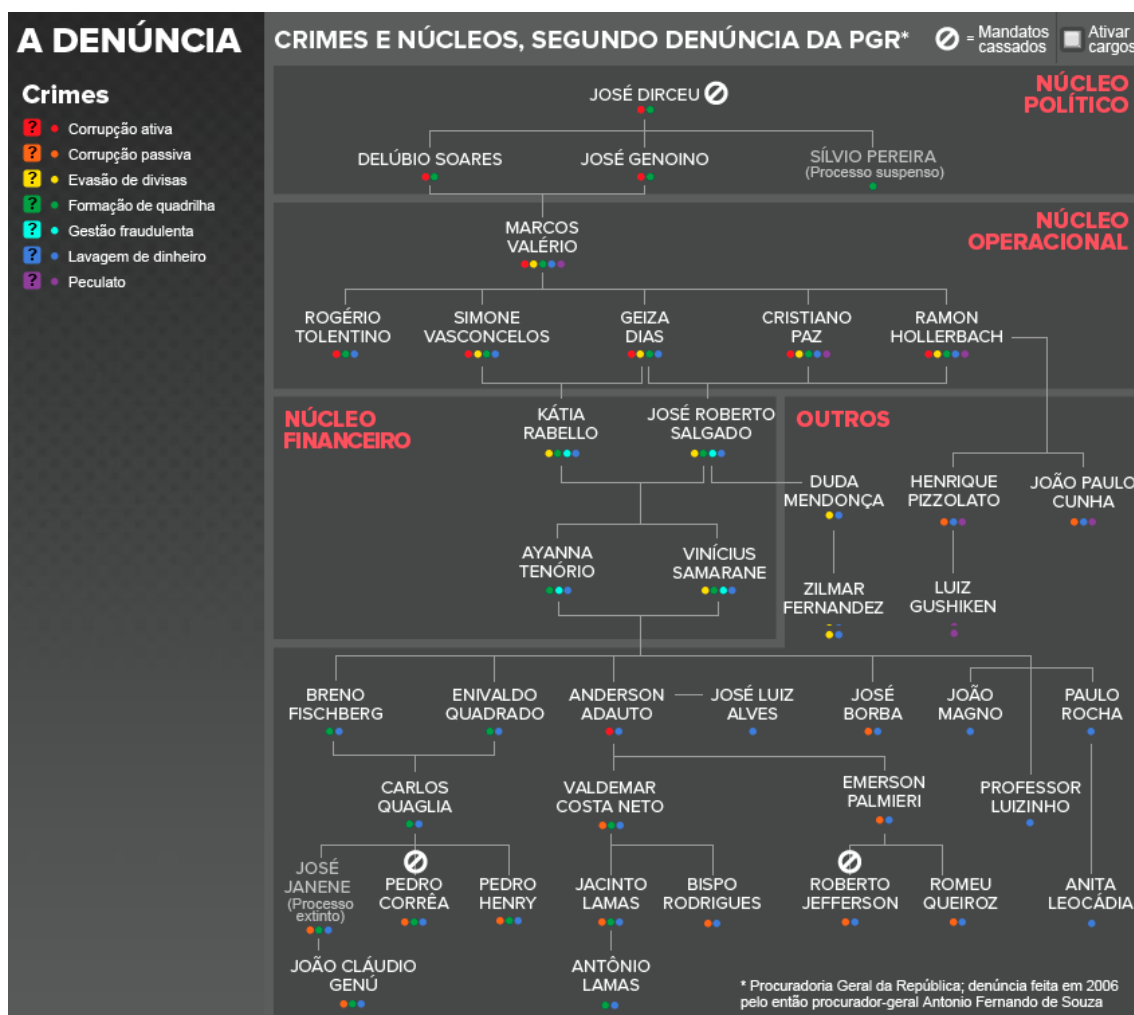


Figura 2 – O caminho do dinheiro: valerioduto.

Ainda segundo a denúncia do Ministério Público Federal, acolhida pelo STF, o funcionamento do “mensalão” era orquestrado por três núcleos principais: o político-partidário, responsável por gerir o esquema e indicar os parlamentares que receberiam mensalmente a propina, formado por dirigentes do PT; o núcleo empresarial, controlado por Marcos Valério, a quem cabia captar os recursos; e o núcleo operacional-financeiro a cargo das instituições financeiras, que, em troca de benefícios econômicos, passavam grandes quantias aos políticos indicados através *valerioduto*, sem observância das normas do Banco Central:



Fonte: Infográfico Mensalão. In: <http://g1.globo.com/politica/mensalao/infografico/platb/reus>

Figura 3 – Os núcleos do “mensalão”.

Em sede de julgamento, o STF analisou acusações relacionadas a sete crimes diferentes: formação de quadrilha, lavagem ou ocultação de dinheiro, corrupção ativa, corrupção passiva, peculato, evasão de divisas e gestão fraudulenta.

Haja vista os seus objetivos, este estudo se aterá ao quadro fático macro apresentado, o qual tangencia os aspectos principais da Ação Penal 470/MG, pelo que se passa a análise do modo como, no julgamento, foi tratada a perda do mandato parlamentar dos congressistas condenados.

Ao todo, dos quase vinte deputados⁵¹ acusados de terem participado do “mensalão”, apenas três, a saber, João Paulo Cunha (PT-SP),

⁵¹ Essa diminuição deveu-se, entre outros fatores, pela decretação anterior da perda em processo disciplinar pela Casa Legislativa, pela renúncia antecipada, pela não reeleição de alguns dos acusados e pela morte de um dos réus.

Valdemar Costa Neto (PR-SP) e Pedro Henry (PP-MT) ainda detinham mandato parlamentar ao fim do julgamento do “mensalão”.

Foi em relação a estes políticos que o STF travou o mais intenso debate de sua história a respeito da maneira como se daria a perda do mandato eletivo federal em face de condenação criminal transitada em julgado, tendo sido instaurada uma grande divergência entre seus ministros, os quais, por fim, em apertada votação, 5 votos a 4, entenderam que a perda dos mandatos seria automática com o trânsito em julgado da decisão criminal condenatória.

O entendimento prevalecente foi assim resumido no voto do relator, Min. Joaquim Barbosa (fls. 20-23):

PERDA DO MANDATO ELETIVO. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES E FUNÇÕES.** EXERCÍCIO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL. CONDENAÇÃO DOS RÉUS DETENTORES DE MANDATO ELETIVO PELA PRÁTICA DE CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PENA APLICADA NOS TERMOS ESTABELECIDOS NA LEGISLAÇÃO PENAL PERTINENTE.

1. O Supremo Tribunal Federal recebeu do Poder Constituinte originário a competência para processar e julgar os parlamentares federais acusados da prática de infrações penais comuns. Como consequência, é ao Supremo Tribunal Federal que compete a aplicação das penas cominadas em lei, em caso de condenação. **A perda do mandato eletivo é uma pena acessória da pena principal (privativa de liberdade ou restritiva de direitos), e deve ser decretada pelo órgão que exerce a função jurisdicional, como um dos efeitos da condenação, quando presentes os requisitos legais para tanto.**

2. Diferentemente da Carta outorgada de 1969, nos termos da qual as hipóteses de perda ou suspensão de direitos políticos deveriam ser disciplinadas por Lei Complementar (art. 149, §3º), o que atribuía eficácia contida ao mencionado dispositivo constitucional, a atual Constituição estabeleceu os casos de perda ou suspensão dos direitos políticos em norma de eficácia plena (art. 15, III). **Em consequência, o condenado criminalmente, por decisão transitada em julgado, tem seus direitos políticos suspensos pelo tempo que durarem os efeitos da condenação.**

3. A previsão contida no artigo 92, I e II, do Código Penal, é reflexo direto do disposto no art. 15, III, da Constituição Federal. **Assim, uma vez condenado criminalmente um réu detentor de mandato eletivo, caberá ao Poder Judiciário decidir, em definitivo, sobre a perda do mandato. Não cabe ao Poder Legislativo deliberar sobre aspectos de decisão**

condenatória criminal, emanada do Poder Judiciário, proferida em detrimento de membro do Congresso Nacional. A Constituição não submete a decisão do Poder Judiciário à complementação por ato de qualquer outro órgão ou Poder da República. Não há sentença jurisdicional cuja legitimidade ou eficácia esteja condicionada à aprovação pelos órgãos do Poder Político. A sentença condenatória não é a revelação do parecer de umas das projeções do poder estatal, mas a manifestação integral e completa da instância constitucionalmente competente para sancionar, em caráter definitivo, as ações típicas, antijurídicas e culpáveis. Entendimento que se extrai do artigo 15, III, combinado com o artigo 55, IV, §3º, ambos da Constituição da República. Afastada a incidência do §2º do art. 55 da Lei Maior, quando a perda do mandato parlamentar for decretada pelo Poder Judiciário, como um dos efeitos da condenação criminal transitada em julgado. Ao Poder Legislativo cabe, apenas, dar fiel execução à decisão da Justiça e declarar a perda do mandato, na forma preconizada na decisão jurisdicional.

4. Repugna à nossa Constituição o exercício do mandato parlamentar quando recaia, sobre o seu titular, a reprovação penal definitiva do Estado, suspendendo-lhe o exercício de direitos políticos e decretando-lhe a perda do mandato eletivo. **A perda dos direitos políticos é “consequência da existência da coisa julgada”.** Consequentemente, não cabe ao Poder Legislativo “outra conduta senão a declaração da extinção do mandato” (RE 225.019, Rel. Min. Nelson Jobim). Conclusão de ordem ética consolidada a partir de precedentes do Supremo Tribunal Federal e extraída da Constituição Federal e das leis que regem o exercício do poder político-representativo, a conferir encadeamento lógico e substância material à decisão no sentido da decretação da perda do mandato eletivo. Conclusão que também se constrói a partir da lógica sistemática da Constituição, que enuncia a cidadania, a capacidade para o exercício de direitos políticos e o preenchimento pleno das condições de elegibilidade como pressupostos sucessivos para a participação completa na formação da vontade e na condução da vida política do Estado.

5. No caso, os réus parlamentares foram condenados pela prática, entre outros, de crimes contra a Administração Pública. Conduta juridicamente incompatível com os deveres inerentes ao cargo. Circunstâncias que impõem a perda do mandato como medida adequada, necessária e proporcional.

6. Decretada a suspensão dos direitos políticos de todos os réus, nos termos do art. 15, III, da Constituição Federal. Unânime.

7. Decretada, por maioria, a perda dos mandatos dos réus titulares de mandato eletivo. (grifou-se)

Para o Min. Joaquim Barbosa, a redação do art. 55, IV e VI, explica-se pela possibilidade de a reprovação estatal da conduta delituosa ter

ocorrido antes, ou depois, do início do exercício do mandato. A previsão de decisão do Poder Legislativo quanto à perda do mandato apenas se justificaria nas hipóteses em que a sentença condenatória não a tenha decretado, “seja por não estarem presentes os requisitos legais para tanto (art. 92 do Código Penal), seja por ter sido proferida antes da expedição do diploma⁵², tendo se operado o trânsito em julgado somente em momento posterior” (fl. 8.040).

Nesse caso, o Parlamento poderia avaliar se a condenação criminal seria suficientemente grave a ponto de impedir o exercício do mandato eletivo. Seria a oportunidade de examinar se a pena imposta e o transcurso do lapso temporal, que mediou a prolação da sentença e o seu trânsito em julgado, seriam suficientes para desqualificar a idoneidade do condenado para o exercício do cargo eletivo.

Assim, a maioria do STF entendeu que, em sendo decretada a perda do mandato eletivo pelo Poder Judiciário, a qual atinge todo e qualquer mandatário político, não há falar qualquer condicionante ou necessidade de pronunciamento do Poder Legislativo, ao contrário, dada a decisão final do magistrado, inexistente espaço para qualquer juízo político:

Nessa segunda hipótese, decorrente do regular exercício da função Jurisdicional, o condenado o Deputado ou Senador, no curso de seu mandato, pela mais alta instância do Poder Judiciário nacional, inexistente espaço para o exercício de juízo político ou de conveniência pelo Legislativo, pois a suspensão dos direitos políticos, com a subsequente perda do mandato eletivo, é efeito irreversível da sentença condenatória (fl. 8.040).

Também é ressaltada no voto vencedor uma preocupação de ordem ética na condução da vida política e no exercício dos demais Poderes, notadamente do Poder Legislativo, de modo que a novel medida iria ao encontro de outras interpretações daquela Corte Constitucional, como foi o caso da exigência de fidelidade partidária sob pena da perda do mandato (MS 26.604/STF/DF de Relatoria da Min. Cármen Lúcia, julgado em 02/10/2008).

Barbosa acredita que solução diversa da apresentada em seu voto infringiria o equilíbrio, a separação, a independência e a harmonia entre as funções estatais soberanas, tal como previsto na Constituição, pois revelaria

⁵² Após eleito, o candidato recebe um diploma expedido pela Justiça eleitoral, o qual atesta o seu sucesso no pleito. Este documento é apresentado à respectiva Casa legislativa quando da posse.

uma deficiência no mecanismo de controle recíproco entre os Poderes.

Por fim, aduz que a Casa legislativa tem a prerrogativa constitucional, por força do art. 53, § 3º, da CF/1988, de sustar o andamento de Ação Penal contra seus membros. Se não o fez quando podia, seria por que aceitou antecipadamente todas as consequências possíveis do seu desfecho:

Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001)

§ 1º Os Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001)

§ 2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001)

§ 3º Recebida a denúncia contra o Senador ou Deputado, por crime ocorrido após a diplomação, o Supremo Tribunal Federal dará ciência à Casa respectiva, que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá, até a decisão final, sustar o andamento da ação. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001) (grifou-se)

O Ministro Luiz Fux, endossando a tese do relator, entendeu que a prolação da decisão final do Tribunal sem a manifestação prévia do Legislativo, no sentido de sustar o andamento da Ação Penal, significa que, aos olhos do Parlamento, o julgamento foi justo e regular, não há, pois, justificativa para que venha a obstar o cumprimento da sentença condenatória eventualmente emanada pelo Judiciário, com a consequente perda automática do mandato:

Nessas hipóteses, se a Casa legislativa pertinente não decidiu pela sustação do andamento do processo criminal, significa que reconheceu lícita a atuação do Judiciário, é dizer, que a persecução penal não foi movida por interesses políticos. Seria verdadeiro *venire contra factum proprium*⁵³, portanto, que impedisse, de qualquer forma, a regular produção dos efeitos da condenação (fl. 5.581).

Desse modo, apenas haveria espaço para decisão das Casas

⁵³ Significa “vedação do comportamento contraditório”.

Legislativas, nos termos do art. 55, § 2º, da Constituição, se o crime tivesse ocorrido antes da diplomação e, portanto, não tivesse havido oportunidade para a sustação do andamento da persecução penal.

Fux também adverte que as prerrogativas e imunidades parlamentares são estabelecidas para garantia da independência do Poder Legislativo em face dos outros Poderes, não para a proteção dos parlamentares em si e de suas práticas criminosas.

Por seu turno, o Ministro Gilmar Mendes, acompanhando, ao final, as conclusões do voto vencedor, chamou atenção para o fato de que a dilapidação do erário e os crimes contra a Administração Pública atraem a incidência da improbidade administrativa, a qual, por força dos arts. 37, § 4º⁵⁴ e 55, § 3º, da Constituição, também prevê a perda automática do mandato parlamentar.

Mendes alerta que em mais de uma oportunidade, como foi o caso da ADI n. 1.289/DF, em que se discutiu a ocupação do quinto constitucional nos Tribunais Regionais e Estaduais por membros do Ministério Público, e da questão da união homoafetiva, o STF adotou métodos interpretativos que superem as lacunas e as antinomias do texto constitucional:

A consideração da Constituição como norma (um dos traços mais característicos do constitucionalismo atual) deve vir acompanhada da percepção de que o documento constitucional também pode padecer de defeitos lógicos presentes em qualquer sistema normativo. Existem dois tipos principais de “defeitos lógicos do sistema normativo” constitucional (...): as lacunas (que afetam o ideal de completude do sistema) e as antinomias (que afetam a coerência do sistema normativo) (fl. 8.184).

Nessa perspectiva, afirma Mendes, a solução para a aparente antinomia entre o art. 15, III, e o art. 55, VI e § 2º, da Constituição, deve advir de uma interpretação harmonizadora, fundada no substrato axiológico⁵⁵ das

⁵⁴ 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: (...)

§ 4º - **Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível** (grifou-se).

⁵⁵ No caso, o substrato axiológico que informaria tanto o sistema que normatiza a perda do mandato como a suspensão dos direitos políticos seria o da ética ou moralidade na política, segundo os quais “cidadãos que venham a ser condenados (definitivamente, com decisões transitadas em julgado) criminalmente ou por atos de improbidade administrativa não devem participar da gestão da coisa pública – por isso é

normas constitucionais sobre o tema (art. 14, § 9º, art. 15, III e V, art. 55, IV, V e VI, e art. 37, §4º), pelo que a solução de tipo lógico-formal (critério da especialidade) proposta por Min. Moreira Alves, tal como esclarecido no item 3.1.1., além de não resolver a incongruência existente na sistemática da suspensão dos direitos políticos e da perda de mandato de parlamentares, encerraria uma contradição lógica.

Relembra, pois, que, na atual sistemática constitucional, uma sentença, de natureza civil, condenatória de parlamentar por improbidade administrativa, com previsão expressa de pena de suspensão dos direitos políticos, gera a perda automática do mandato, que apenas deverá ser declarada pela Mesa da Casa legislativa, enquanto, por força do precedente primevo do Min. Moreira Alves, uma condenação criminal transitada em julgado não possuiria o mesmo efeito, dependendo de deliberação da Câmara respectiva.

A mesma disparidade também seria percebida quando comparada com a perda automática do mandato pela prática de infrações eleitorais (art. 55, V, da CF/1988) e com a inelegibilidade levada a efeito com a aplicação da Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar n. 135/2010), que considera inelegíveis os candidatos condenados em órgão colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa, ainda que sem o trânsito em julgado:

Nota-se que há uma evidente contradição em nosso sistema jurídico, tal como vem sendo interpretado. Condenações proferidas por órgãos colegiados, ainda que não transitadas em julgado, e que muitas vezes dizem respeito a ilícitos cíveis ou administrativos, podem ter como consequência a perda do mandato; por outro lado, pela interpretação dada aos dispositivos constitucionais em tela, nenhuma condenação criminal de parlamentar, transitada em julgado, terá, por si só, os mesmos efeitos. (fl. 8.198)

O Min. Gilmar, na contextura por ele declinada, propõe que o Supremo dê um passo adiante no desenvolvimento de sua jurisprudência sobre o tema, para tanto defende que, pelo menos nos casos de condenação criminal transitada em julgado por crimes nos quais a improbidade administrativa esteja ínsita nos respectivos tipos penais, o Poder Judiciário decrete desde logo a

também um fundamento republicano” (grifou-se) (fl. 8.192).

perda do mandato eletivo. (grifou-se)

Essa atitude garantiria a efetividade aos princípios republicanos da moralidade pública e da isonomia, bem como preservaria a autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal e das normas constitucionais em aparente choque.

Nesta senda, a não aplicação do mandamento do art. 55, § 2º, da Constituição, em situações como a do “mensalão” não o esvaziaria, pois continuaria sendo aplicável naqueles casos em que, embora o Judiciário não tenha decretado a perda do mandato, o Legislativo, a partir de seus mecanismos internos de correição, decida pela cassação do mandato, haja vista a reprovabilidade da conduta do ponto de vista político-parlamentar:

Então, parece-me que, aqui, nós não estamos fazendo uma interpretação ab-rogante do inciso VI, ao revés, ele continuará a ter ampla aplicação naqueles casos em que o título judicial, por previsão expressa do legislador, e nesse caso do legislador pós-constitucional, não fixar a perda da função, tal como Vossa Excelência já havia admitido também em seu voto (fl. 8.171).

Desse modo, estando presente a prática de crimes contra a Administração Pública em que o próprio juiz, no título judicial, determina a perda do mandato eletivo, estar-se-ia diante da regra estabelecida no art. 55, IV e § 3º, da Carta Magna, não cabendo, nesse sentir, decisão, mas obrigatória declaração da perda pela Mesa da respectiva Casa Legislativa.

Por fim, Mendes defende que a sua manifestação é consentânea com as legítimas vontades emanadas dos demais Poderes, pois a alteração do art. 92 do Código Penal, proposta pelo Poder Executivo e aprovada, sem emendas, pelo Legislativo em 1996 (Lei n. 9.268/1996), bem depois, portanto, da promulgação da atual Carta Política, colocou como um dos consectários da condenação criminal a perda do mandato eletivo.

Traz em defesa de sua tese, a Exposição de Motivos encaminhada pelo então Ministro de Estado da Justiça, Nelson Jobim, ao Presidente da República, quando da apresentação da proposta de alteração do supracitado dispositivo penal:

A gravidade dos crimes contra a Administração Pública, principalmente quando cometidos por seu servidor, justifica a perda do cargo ou função pública. **O mesmo deve ocorrer**

quando o ilícito penal implicar na violação do dever inerente ao mandato eletivo. O limite mínimo de um ano da pena aplicada, para a ocorrência da perda do cargo, função ou mandato, é plenamente justificável se considerarmos que para o grave crime de corrupção passiva é cominada a pena mínima de um ano de reclusão. **O abuso de poder e a violação dos deveres funcionais constituem práticas incompatíveis com o Estado Democrático de Direito, jurado pelo primeiro artigo da Constituição. Assim sendo, quem revelar tal forma de conduta hostil à confiança depositada pelo Estado ou pelo eleitor, não (grifou-se)** (fl. 8.207).

O Ministro Marco Aurélio, por seu turno, acredita que os efeitos da condenação no que tange à perda do mandato devem ir além dos, à época, detentores de mandato eletivo, e alcançar todos os condenados por crimes contra a Administração Pública, para que não “possam vir a buscar um mandato, até mesmo como escudo, ou possam se candidatar ou serem designados para funções de confiança no cenário público” (fl. 8.229).

A decretação da perda, desde logo, do mandato eletivo pela Corte, repisa Marco Aurélio, respeitaria a hermenêutica e aplicação do Direito, pois considera o texto constitucional de forma teleológica e sistemática e supera situação jurídica de absoluta incongruência, que permitiria que um condenado continuasse no exercício do mandato, quando, independente do motivo, ausente a deliberação do parlamento.

O Ministro Celso de Melo, aquiescendo com o voto vencedor, esclarece que o precedente utilizado como baliza até então em questões análogas a dos autos, o citado RE 179.502/STF, “não firmou diretriz jurisprudencial sobre esse litígio constitucional que se instaurou nesta fase da presente causa penal” (fl. 8.323), pois a questão discutida naquela oportunidade referia-se a um Vereador a quem não acode “a norma constante do art. 55, § 2º, da Lei Fundamental, unicamente aplicável aos membros do Congresso Nacional, aos Deputados Estaduais (CF, art. 27, § 1º) e aos Deputados Distritais (CF, art. 32, § 3º)” (fl. 8.324).

Ressalta que a decretação da perda do mandato em casos como o do “mensalão” é medida que se impõe e vai ao encontro do previsto em todas as Constituições pátrias, que sempre atribuíram à condenação criminal transitada em julgado a privação da cidadania, cabendo, pois, ao Supremo Tribunal Federal, a quem compete definir os limites das competências estatais,

determinar o alcance dos direitos e garantias fundamentais e decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder, o fazê-lo:

Desse modo, Senhor Presidente, evitar-se-á a consumação de uma situação juridicamente esdrúxula, moralmente inaceitável e politicamente lesiva aos valores constitucionais, causadora de grave perplexidade social, pois não tem sentido algum permitir-se que peculatórios, corruptores, integrantes de quadrilhas e agentes manchados pela tisma da venalidade, desde que condenados criminalmente por decisão transitada em julgado, continuem a exercer, aos olhos de uma Nação justamente estarecida e indignada, o mandato parlamentar cuja respeitabilidade por eles foi ultrajada e conspurcada (fl. 8.329).

Consigna, por fim, Celso de Melo⁵⁶ que, finalizados todos os meios de impugnação recursal, o decidido pelo Judiciário é de observância obrigatória por todos, sejam autoridades legislativas ou administrativas, sob pena de usurpação das atribuições constitucionais da Justiça, sujeitando o descumpridor às sanções penais, civis e político-administrativas decorrentes:

Reações corporativas ou suscetibilidades partidárias, associadas a um equivocado espírito de solidariedade, não podem justificar a afirmação politicamente irresponsável e juridicamente inaceitável de que não se cumprirá uma decisão do Supremo Tribunal Federal revestida da autoridade da coisa julgada (fl. 8.329).

O Ministro Ricardo Lewandowski capitaneou a voz daqueles que dissentiram do entendimento de que a manifestação do Plenário legislativo (art. 55, § 2º) era inaplicável a espécie.

Para ele, a natureza do mandato político, resultante da vontade popular expressa pelo voto direto, secreto, universal e periódico, justifica a exceção à regra geral em relação à perda imediata do mandato eletivo na hipótese condenação criminal transitada em julgado, porquanto o parlamentar esteja investido em um plexo diferenciado de prerrogativas constitucionalmente asseguradas.

Lembra que no Mandado de Segurança 21.443/STF/DF de relatoria do Min. Octávio Gallotti, julgado em 22/04/1992, a Corte, por

⁵⁶ Essa parte da decisão do Min. Celso de Melo deveu-se as declarações, amplamente veiculadas na imprensa, do então Presidente da Câmara dos Deputados, Marco Maia (PT-RS), o qual, com apoio de vários líderes partidários, afirmou que o Legislativo não iria “se curvar” ao STF quanto à decretação da perda dos mandatos eletivos.

unanimidade, entendeu que, nos casos em que a Constituição reserva à Câmara e ao Senado a competência para decretar a perda do mandato de parlamentar, não caberia ao Judiciário discuti-la, por mais injusta que possa parecer.

A única questão a ser discutida, na visão de Lewandowski, seria a da “impossibilidade física de o condenado exercer o mandato parlamentar caso lhe seja imposto o regime fechado ou o semiaberto para o cumprimento da pena corporal” (fl. 8.073).

Ainda assim, acredita que a Casa Legislativa, querendo, poderia licenciar o parlamentar para o cumprimento da pena em regime fechado ou semiaberto ou, em sendo estabelecido o regime aberto, “nada impediria que – como qualquer reeducando na mesma situação – exerça alguma atividade laboral fora do estabelecimento carcerário em que cumpre a pena, retornando ao mesmo durante o repouso noturno” (fl. 8.073).

Finaliza dizendo que qualquer providência em contrário, teria o potencial de desencadear um indesejável conflito institucional entre o Legislativo e o Judiciário, em contraponto a salutar postura de *self restraint*, ou seja, de autocontenção, necessária a manutenção do equilíbrio entre os Poderes. (grifou-se)

Pertence à Ministra Rosa Weber o voto mais substancial em defesa da manutenção da sistemática de observância da reserva do Parlamento em decidir pela perda do mandato eletivo em sede de condenação criminal transitada em julgado.

Segundo ela, o direito de eleger e de ser eleito é o núcleo fundamental dos Direitos políticos do cidadão. Já o exercício do mandato representativo não se trata de um direito subjetivo do representante, mas “uma situação jurídica por ele ostentada em decorrência da manifestação concomitante, no processo eleitoral, do seu direito político subjetivo de concorrer e do direito político dos eleitores de nele votar” (fl. 1.459).

Assim, embora o exercício do mandato expresse direitos políticos – ativos e passivos – ele mesmo, por si só, não é um direito político subjetivo do representante, pelo contrário, depois de aperfeiçoado pela vontade das urnas, sua intangibilidade visa a resguardar a soberania da vontade popular

proclamada desde logo no primeiro artigo da Constituição⁵⁷.

Desse modo, a perda de mandato eletivo, como efeito de condenação criminal, não pode ser confundida com a suspensão dos direitos políticos. Esta última seria efeito automático da condenação criminal, mas a primeira, no caso de parlamentar federal, dependeria do juízo político do Poder Legislativo, sendo a decisão de perda do mandato nesses casos de natureza constitutiva e complexa.

Traz em seu favor ensinamentos de constitucionalistas brasileiros:

A perda do mandato, não só dos parlamentares federais, como também dos estaduais e distritais, em decorrência de condenação por infração criminal, não será automática, mediante ato declaratório da Mesa da respectiva Casa Legislativa. Poderá ocorrer, sim, mas somente após soberana decisão do plenário, na votação do projeto de resolução que preveja a perda em razão da condenação criminal. Trata-se de decisão política, não vinculada a nada (CALIMAN, Auro Augusto. Mandato Parlamentar: aquisição e perda antecipada. São Paulo: Editora Atlas, 2005).

(...) Há, porém, uma exceção: a do parlamentar que sofrer condenação criminal. O trânsito em julgado da condenação acarreta, como já se viu, a suspensão, *ipso iure*, dos direitos políticos (CF, art. 15, III), mas não extingue, necessariamente, o mandato eletivo.

Esta estranha exceção poderá representar, quem sabe, um mecanismo de defesa contra o exacerbado rigor do art. 15, III, do texto Constitucional (ZAVASCKI, Teori Albino. Direitos Políticos – Perda, Suspensão e Controle Jurisdicional. Revista de Processo, 85/181, 1997).

Weber entende que o art. 55, VI e § 2º, da CF/1988 visam à preservação do voto do representado e não a pessoa do representante, pelo que a decisão sobre a perda do mandato, haja vista a quebra do vínculo de confiança estabelecido nas urnas, compete ao eleitor, na figura dos seus demais representantes em exercício no Parlamento.

Ademais, o fato de o Constituinte originário⁵⁸, soberano em suas

⁵⁷ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição (grifou-se).

⁵⁸ O poder Constituinte originário se reveste das seguintes características: é inicial, pois não se funda em nenhum poder e porque não deriva de uma ordem jurídica que lhe seja anterior. É ele que inaugura uma ordem jurídica inédita, cuja energia geradora encontra fundamento em si mesmo. A respeito, acentua Manoel Gonçalves Ferreira Filho: "o poder Constituinte edita atos juridicamente iniciais, porque dão origem, dão início, à ordem jurídica, e não estão fundados nessa ordem, salvo o direito natural"; é

decisões, ter entendido que nos casos de improbidade administrativa e crimes eleitorais a perda do mandato fosse automática, não invalidaria a regra do art. 55, VI e § 2º, pois, podia ele, como o fez, sem limites, estabelecer tal regra.

O Ministro Dias Toffoli, endossando o dito por Rosa Weber, repisou a tese de que a regra do art. 55, § 2º, da Constituição, ao estatuir a necessidade do juízo político do Legislativo no que toca à perda do mandato parlamentar, não visa proteger o direito subjetivo de o eleito manter seu mandato, mas a representatividade que esse mandato encerra.

Finalmente, a Ministra Cármen Lúcia, embora reconhecendo a gravidade e a incongruência do exercício do mandato por aqueles que se encontrem condenados criminalmente por crimes contra a Administração Pública, defendeu que “o caso de perda de mandato previsto no inciso IV do artigo 55 da Constituição não pode ter aplicação a parlamentares condenados em ação penal como se fosse automática” (fl. 8.164).

3.1.3. Razões utilizadas pelo STF para retornar ao seu entendimento inicial no sentido da impossibilidade da decretação judicial da perda do mandato eletivo federal de condenado criminalmente em decisão irrecorrível: Ação Penal 565/RO

O retorno do Supremo Tribunal Federal ao seu entendimento primevo no sentido da impossibilidade da decretação judicial da perda do mandato eletivo federal de condenado criminalmente em decisão irrecorrível aconteceu no julgamento da Ação Penal 565/RO.

Trata-se de uma ação penal movida pelo Ministério Público Federal em desfavor do Senador Ivo Narciso Cassol e de outros oito réus, haja vista ter fraudado doze processos licitatórios, quando ainda era prefeito do Município de Rolim de Moura/Rondônia, com vistas a direcioná-los para beneficiar cinco empreiteiras locais, cujos sócios teriam ligações pessoais ou profissionais com o réu, sendo dois dos sócios seus cunhados e outro ex-sócio de sua esposa em uma rádio local.

Na oportunidade, o Congressista Ivo Cassol foi condenado a 4 anos, 8 meses e 26 dias de detenção em regime semiaberto e ao pagamento

autônomo, porque igualmente não se subordina a nenhum outro; e é incondicionado, porquanto não se sujeita a condições nem a fórmulas jurídicas para sua manifestação” (CARVALHO, 2009, p. 266).

de multa (art. 99 da Lei de Licitações) de R\$ 201.817,05.

Eis a ementa do julgado em comento, que teve como relatora a Ministra Cármen Lúcia:

AÇÃO PENAL. CRIMES DE FRAUDE A LICITAÇÃO E DE QUADRILHA. CONCURSO DE PESSOAS. QUESTÃO DE ORDEM: SOBRESTAMENTO DA AÇÃO ATÉ DECISÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS. IMPROCEDÊNCIA. PRELIMINARES: ARGUIÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA JULGAMENTO DE RÉUS SEM PRERROGATIVA DE FORO: DESMEMBRAMENTO DO PROCESSO. ALEGAÇÕES DE INÉPCIA DA DENÚNCIA, DE NULIDADE DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, NULIDADE DA QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO E FISCAL AUTORIZADA PELO STJ, VÍCIO NA PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL E AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO DE PUNIBILIDADE E DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL. PRELIMINARES REJEITADAS. ALEGAÇÃO DE PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL. PREJUDICIAL DE MÉRITO REJEITADA. AÇÃO PENAL JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE.

1. Decisão do Tribunal de Contas da União não constitui condição de procedibilidade de crimes de fraude à licitação e quadrilha. Pelo princípio da independência das instâncias, é possível que a existência do fato alegadamente delituoso e a identificação da respectiva autoria se definam na esfera penal sem vinculação com a instância de controle exercida pelos Tribunais de Contas. Questão de ordem resolvida no sentido de não condicionar a procedibilidade dos delitos imputados aos Réus a futura decisão do Tribunal de Contas da União.

2. Não viola as garantias do juiz natural e da ampla defesa, elementares do devido processo legal, a atração, por conexão ou continência, do processo do corréu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados. Precedentes.

3. É apta a denúncia que especifica a conduta dos réus, expondo de forma pormenorizada o fato criminoso, preenchendo os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal. Da leitura da peça acusatória devem poder se esclarecer todos os elementos indispensáveis à existência de crime em tese, com autoria definida, de modo a permitir o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa.

4. A jurisprudência do Supremo Tribunal é firme no sentido de que o Ministério Público pode oferecer denúncia com base em elementos de informação obtidos em inquéritos civis, instaurados para a apuração de ilícitos civis e administrativos, no curso dos quais se vislumbre suposta prática de ilícitos penais. Precedentes.

5. A questão relativa à nulidade da quebra de sigilo bancário e fiscal realizada pela usurpação de competência do Superior Tribunal de Justiça foi objeto de apreciação judicial definitiva nos autos da Reclamação 2217-RO, do Superior Tribunal de

Justiça, e Recurso Extraordinário 562744-RO, deste Supremo Tribunal.

6. Laudos técnicos elaborados no curso de investigação preliminar não representam prova pericial, mas documental, constituída de forma unilateral pelo órgão acusatório e assim foi valorada, não incidindo, no caso, o disposto no art. 280 c/c art. 254, inc. I, do Código de Processo Penal, aplicável às perícias, realizadas no curso da ação ou mesmo antecipadamente, sempre sob o crivo do contraditório, ainda que diferido.

7. A circunstância de o Tribunal de Contas aprovar contas a ele submetidas não obsta a persecução penal promovida pelo Ministério Público e a responsabilização penal dos agentes envolvidos em delitos de malversação de dinheiro público. Admitir-se o contrário, importaria em subtrair à jurisdição do Poder Judiciário o julgamento de crimes, ficando essa atribuição afeta a órgãos que apenas detêm competência político administrativa.

8. A questão relativa à falta de justa causa para a ação penal foi tratada no momento do recebimento da denúncia e a sua reiteração confunde-se com o mérito da ação penal, relacionando-se diretamente com o conjunto probatório produzido durante a instrução processual.

9. A escolha de modalidade licitatória diversa daquela exigida pela lei, com o fracionamento de despesa, constitui fraude ao caráter competitivo inerente à licitação. Condenação de Ivo Narciso Cassol, Salomão da Silveira e Erodí Antônio Matt pela prática, por doze vezes, do crime previsto no art. 90 da Lei 8.666/93.

10. Ausência de prova da participação de Aníbal de Jesus Rodrigues, Neilton Soares dos Santos, Izalino Mezzomo, Ivalino Mezzomo, Josué Crisostomo e Iva Mezzomo Crisostomo nos crimes de fraude à licitação narrados na inicial.

11. Ausência do elemento relativo ao número mínimo de quatro pessoas para configuração do crime do art. 288 do Código Penal.

12. Ação penal julgada parcialmente procedente.

Em relação à perda do mandato de Senador da República em face da condenação criminal, o Supremo, revendo o entendimento firmado no caso do “mensalão” e retornando à postura primeira firmada por Moreira Alves, fixou que, nos termos do art. 55, § 2º, da CF/1988, caberá ao Senado Federal, em votação plenária, decidir sobre a questão.

Na oportunidade, a Min. Cármen Lúcia, voto vencido na questão da perda do mandato na Ação Penal 470/MG, reiterou seus argumentos e, com amparo na literatura do constitucionalista José Afonso da Silva, entendeu, mais uma vez que, na situação dos autos, a perda de mandato em consequência de condenação criminal transitada em julgado “não decorre pura e simplesmente

da condenação, depende da decisão da Câmara, à vista do disposto no § 2º do citado artigo 55 da Constituição” (fl. 181).

Fato relevante para a mudança de entendimento foi a entrada de dois novos Ministros, Luís Roberto Barroso e Teori Albino Zavascki, os quais se manifestaram no sentido de que a regra do art. 55, VI e § 2º, da Constituição, não comporta condicionantes, tal como concluído no julgamento da Ação Penal 470/STF/MG:

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Com a Relatora e com o Revisor. Tenho convicção formada de que a condenação criminal transitada em julgado tem como efeito secundário, natural e necessário, a suspensão dos direitos políticos, **mas que a suspensão dos direitos políticos não gera, necessária e naturalmente, a perda do cargo público.**

Se fosse assim, qualquer pessoa, qualquer servidor público de qualquer natureza - seja agente político, seja juiz, seja agente judiciário, seja servidor profissional - perderia o seu cargo automaticamente pela suspensão dos direitos políticos. **A suspensão dos direitos políticos é condição de assunção de cargo público, é condição legal de elegibilidade, mas não é uma condição necessária para manutenção de cargo, especialmente de cargos públicos estáveis** (fl. 286) (grifou-se).

Desse modo, entendeu Zavascki que a decisão de perda do mandato eletivo federal tem natureza constitutiva, dependendo, pois, de ato do Poder Judiciário, concernente no envio de comunicação à respectiva Casa Legislativa, informando o trânsito em julgado da condenação criminal, e decisão do Parlamento, em votação plenária, por voto secreto⁵⁹ e maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.

Na questão em tela, o Min. Luís Roberto Barroso posicionou-se nos seguintes termos:

O meu posicionamento doutrinário é o de que deveria decorrer logicamente do sistema que a condenação implicasse a perda do mandato. Portanto, acho que essa seria a solução natural.

⁵⁹ Atualmente, por força da Emenda Constitucional n. 76 de 2013, a votação é aberta. A mudança deveu-se, sobretudo, a uma resposta do Congresso Nacional as intensas mobilizações sociais pelo fim do voto secreto ocorridas em 2013. Também foi determinante para o fim do voto secreto, no caso de cassação de mandato, a pitoresca votação secreta que manteve o mandato do então Deputado Natan Donadon, condenado a mais de treze anos de prisão por peculato e formação de quadrilha. O problema principal nesse emblemático caso foi que o tempo restante do mandato do primeiro parlamentar presidiário da história tupiniquim era menor do que o tempo em que estaria preso em regime fechado, portanto, a manutenção do mandato não teria qualquer efeito prático.

Nada obstante isso, encontro obstáculo intransponível na literalidade do art. 55, VI e seu parágrafo 2º. De modo que, embora, ache que seja incongruente, a incongruência foi cometida pelo Constituinte. E, portanto, como posso interpretar a Constituição, mas, às vezes, infelizmente, não possa emendá-la (fl. 287).

O Ministro Joaquim Barbosa, por seu turno, defendendo o quanto decidido na ocasião do “mensalão”, novamente consignou os perigos de se deixar a decisão nas mãos do Parlamento, o que segundo ele, poderá colocar em xeque a própria autoridade da Corte Constitucional (fl. 288):

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) - Nós temos de ter muito claras, Ministro Barroso, as consequências das nossas decisões, porque condenar um parlamentar a cinco anos ou quatro anos e meio - cinco anos e meio, quatro anos e meio - **e deixar, à discricionariedade do Congresso, a perda ou não do mandato, Vossa Excelência sabe no que resultará.**

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Não acho isso bom, porém está na Constituição...

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) - Mas Vossa Excelência estará aqui para presenciar a consequência disso.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – É porque está na Constituição, e eu infelizmente não sou constituinte, não tive nenhum votinho sequer, de modo que eu lamento que tenha essa disposição. Mas ela está aqui.

Em defesa de seu posicionamento, Barroso ressaltou que, embora se deva procurar interpretar a Constituição buscando o melhor resultado possível e o moralmente desejável, não se pode vulnerar o texto constitucional. Não seria lógico e nem razoável pensar que o Constituinte estabeleceria uma votação secreta e por maioria absoluta para produzir uma mera decisão declaratória de cumprimento.

Os demais Ministros mantiveram o entendimento que haviam a pouco expressado quando do julgamento do “mensalão”.

A exaustão com que foi discutida a questão da perda do mandato eletivo federal em face de sentença criminal transitada em julgado na oportunidade do julgamento da Ação Penal 470/MG fez com que o debate sobre esse tema no caso do Senador Ivo Cassol fosse reduzido, pois os

Ministros presentes naquele julgamento mantiveram os seus votos.

3.2. Contexto político-social do “mensalão”

O quadro político macro em que foi prolatada a decisão da perda automática de mandatos eletivos no caso da Ação Penal n. 470/MG é o narrado no item 2.4.

A continuidade da duradoura estabilidade democrática pós-1988 tem possibilitado um ambiente de tolerância e, até certo ponto, de cumplicidade dos demais Poderes com os atos de protagonismo político do STF, sobretudo em matérias impopulares, que poderiam ter um “custo eleitoral”, e de políticas públicas de longo prazo, cujos efeitos não poderiam ser quantificados em votos já no pleito vindouro.

A instabilidade que o Supremo vivenciou em sucessivos ciclos de autoritarismo e de insegurança institucional, como no Governo Provisório e no Estado Novo de Vargas, bem como no Regime Militar, é história do passado. Não se justificando mais a manutenção de uma postura de necessário alinhamento ao Governo⁶⁰, embora seja fato que a atual sistemática de livre nomeação⁶¹ pelo Presidente da República dos ministros do STF ainda é fonte de receio sobre esta ou aquela postura desse ou daquele magistrado constitucional.

Tal suspeita não é uma singularidade do Brasil, também sendo comungada pelos cidadãos norte-americanos, porquanto o critério de nomeação dos Ministros da Suprema Corte seja parecido com o brasileiro:

Talvez a maior fraqueza, na prática, do sistema de selecionar os juízes federais nos Estados Unidos se encontre no fato de que, muito frequentemente, o poder presidencial de nomear tenha sido usado para fins políticos. (...) Não se pode esperar que o Presidente nomeie indivíduos, por mais importante que sejam, cujos pontos de vista em questão de política pública sejam radicalmente diferentes do seu próprio. Ele tem

⁶⁰ A Suprema Corte da Era Vargas apegou-se ao formalismo e não se opôs à institucionalização do combate aos inimigos do regime (GODOY, 2008, p. 11).

⁶¹ Sabe-se que, por força do parágrafo único do art. 101 da Constituição, a escolha do ministro do Supremo pelo Presidente da República será objeto de aprovação pelo Senado Federal, porém, em regra, essa sabatina parlamentar é uma mera homologação da escolha presidencial.

obrigações políticas e pessoais que, por serem humanas, procurará cumprir por meio da nomeação para Suprema Corte. Além de ser Presidente ele é o líder de um partido político e terá sempre em mente as suas considerações de ordem partidária (SCHWARTZ, 1955, p. 168).

A realidade hodierna é de fortalecimento institucional do Judiciário a partir de medidas legislativas apoiadas pelo Governo, a exemplo da EC n. 45/2004 (“reforma do judiciário”) e das Leis ns. 9.868/1999 e 9.882/1999.

Ademais, no âmbito do Legislativo, o Supremo vem se posicionando como um ambiente propício à arbitragem dos conflitos para os quais o Parlamento não logrou êxito compor.

Algo potencializado pela intensa fragmentação do poder nas Casas Legislativas pátrias, sobretudo entre os diversos partidos políticos, o que tem intensificado os conflitos entre os atores políticos e, por conseguinte, as demandas por respostas na via judicial:

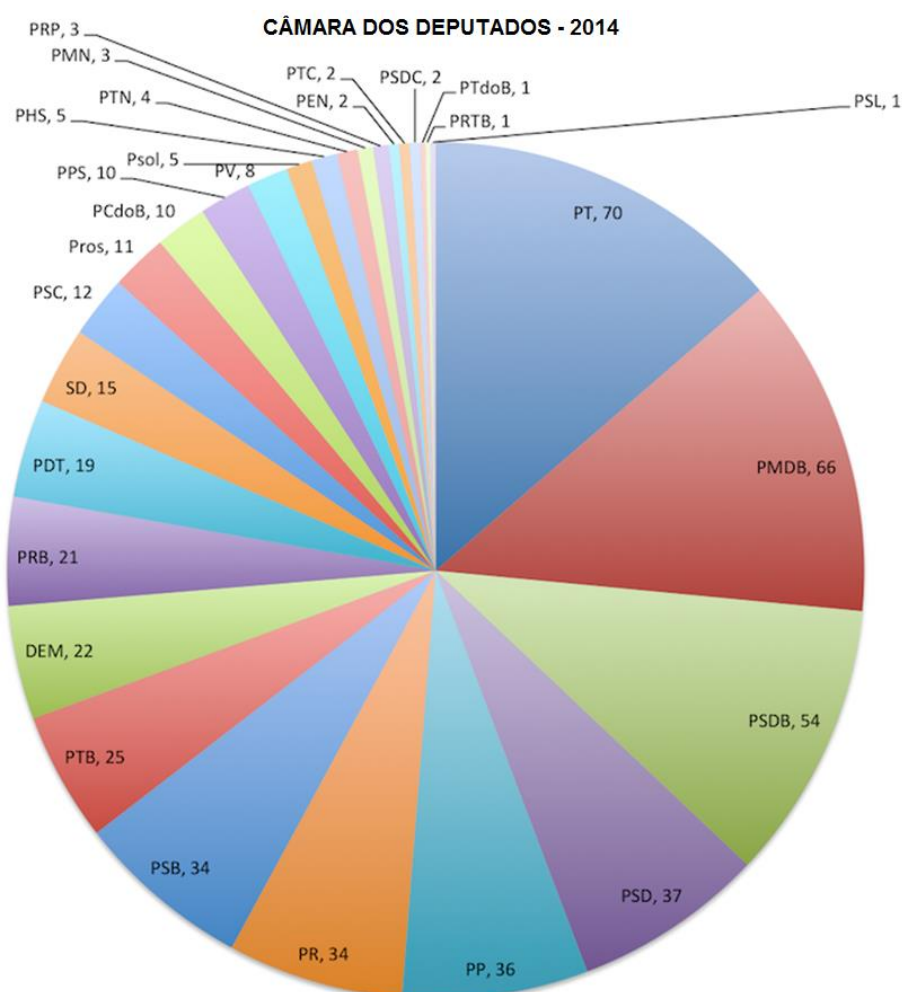


Figura 4 – Fragmentação política da Câmara dos Deputados.

Fonte: Aulas do Curso “Escola de Altos Estudos – Política Contemporânea na América Latina”, ministradas pelo professor Olivier Dabène na Câmara dos Deputados em março/2015.

Lembre-se, por fim, tal como elucidado por Ferejohn (2002), que esta fragmentação diminui a capacidade de as Casas legislativas legislarem ou de se firmarem com centros de decisões e de arbitragem política.

Voltando-se para o cenário político-social particular do julgamento do “mensalão”, tratou-se, como se viu, de um grande esquema de corrupção que mobilizou todos os meios de comunicação e, por conseguinte, parcela relevante da opinião pública:

A TV Senado e a TV Câmara, canais de televisão do Poder Legislativo brasileiro, registraram recordes de audiência depois do surgimento do escândalo. Em alguns dias, esses canais chegaram a rivalizar em audiência com canais comerciais e populares da televisão paga (in: http://pt.wikipedia.org/wiki/Esc%C3%A2ndalo_do_Mensal%C3%A3o).

O processo do “mensalão” é o maior contencioso e o julgamento mais longo e denso de toda existência do Supremo:

50 mil páginas, 600 testemunhas, 500 jornalistas inscritos para cobrir o evento e intensa discussão na sociedade. O relator do processo, ministro Joaquim Barbosa, preparou um voto de mil páginas, após um trabalho exaustivo que contou com a ajuda de um mutirão de juizes recrutados em 47 varas federais (in: <http://era.org.br/2012/08/mensalao-e-opinioao-publica-stf-novamente-em-destaque/>).

O amplo conhecimento e a repercussão social do julgamento da Ação Penal 470/MG pelo STF podem ser percebidos pelos resultados da pesquisa divulgada no dia 10/09/2012 pelo Instituto Datafolha, o qual dá conta de que 82% dos cidadãos do maior estado do Brasil (São Paulo) tinham conhecimento de que estava ocorrendo o seu julgamento no Supremo Tribunal Federal:

P.17 Você tomou conhecimento sobre o julgamento do caso mensalão que está ocorrendo no Supremo Tribunal de Justiça, o STF ?
Você diria que está bem informado, mais ou menos informado ou mal informado sobre o julgamento do mensalão ?
(Resposta estimulada e única, em %)

	TOTAL	SEXO		IDADE						ESCOLARIDADE			RENDA FAMILIAR MENSAL				OCUPAÇÃO PRINCIPAL	
		Mascu- lino	Femi- nino	16 a 24 anos	25 a 34 anos	35 a 44 anos	45 a 59 anos	60 anos ou mais	Funda- mental	Médio	Super- rior	Até 2 S.M.	Mais de 2 a 5 S.M.	Mais de 5 a 10 S.M.	Mais de 10 S.M.	PEA	NÃO PEA	
TOMOU CONHECIMENTO	82	84	80	73	86	83	82	83	71	84	97	73	83	95	100	83	79	
Está bem informado	20	26	14	10	16	20	22	29	9	18	40	10	17	33	51	20	18	
Está mais ou menos informado	43	41	44	40	51	43	41	35	38	45	46	39	46	46	36	44	38	
Está mal informado	20	17	22	23	20	20	18	19	24	21	10	24	19	16	13	19	23	
NÃO TOMOU CONHECIMENTO	18	16	20	27	14	17	18	17	29	16	3	27	17	5		17	21	
Total em %	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	
Total Nos. absolutos	1221	570	651	179	281	251	303	207	440	514	267	354	513	174	99	928	293	

Projeto: PO3640
Base: Eleitores da cidade de São Paulo
Data do campo: 10 e 11/09/2012

Tabela 2 – Conhecimento e repercussão social do julgamento da Ação Penal 470/MG

Fonte: http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2013/05/02/int_voto_pref_sp_10092012.pdf

No mês que antecedeu o início do julgamento da ação penal do “mensalão”, a então Ministra do STJ e Corregedora Nacional de Justiça, Eliana Calmon, chegou a afirmar que ele colocaria em xeque a confiança da sociedade brasileira no Supremo Tribunal Federal:

Será um bom momento para se ter a ideia do que representa o STF dentro de uma expectativa da sociedade. Acho que há por parte da nação uma expectativa muito grande e o Supremo terá também o seu grande julgamento com o mensalão, como ele se porta diante dos autos. É neste momento que o Supremo passará a ser julgado pela opinião pública (in: <http://oab-rj.jusbrasil.com.br/noticias/3188483/stf-sera-julgado-pela-opinia-o-publica-diz-eliana-calmon>).

O País mudou e a população está participando. Não porque esteja influenciada pela imprensa. A opinião pública também está sendo formada pelas redes sociais. Ninguém está fazendo a cabeça da população, ela é que se comunica entre si. Isso tem causado a sensibilidade do STF (in: <http://ultimosegundo.ig.com.br/politica/2012-07-23/julgamento-do-mensalao-testara-confiabilidade-do-stf-diz-eliana-calmon.html>).

A Ministra parece ter acertado em suas previsões. A confiança de parcela da sociedade no Supremo aumentava à medida que o julgamento caminhava para condenação dos réus.

Nesse mesmo sentido, em outra pesquisa, também realizada pelo Instituto Datafolha, divulgada em 15/12/2012, a porcentagem de brasileiros que disseram confiar no Supremo subiu em quatro meses de 67% para 70%. A confiança na Presidência da República, neste mesmo período, caiu de 85% para 81% e no Congresso Nacional de 48% para 43%:

	CONFIANÇA MUITO		CONFIANÇA UM POUCO		NÃO CONFIANÇA	
	09/08/2012	13/12/2012	09/08/2012	13/12/2012	09/08/2012	13/12/2012
Na presidente da República	33	29	52	53	15	18
No Supremo Tribunal Federal	16	21	51	49	32	29
No Congresso Nacional	8	5	40	38	52	57
Nos partidos políticos	7	4	41	33	52	63
Na imprensa	31	22	51	50	18	28

Tabela 3 – Confiança da população no Supremo Tribunal Federal.

Fonte: http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2013/05/02/int_voto_presidente2014_avaliacao_inst_14122012.pdf

Essa correlação entre a postura do STF na condução do julgamento e o incremento da confiança da sociedade no seu papel institucional, para alguns autores, como Rachel Nigro (2012), possuiu uma

grande importância simbólica e contribuiu para legitimação da Corte junto à população.

Para o ex-presidente Fernando Henrique Cardoso (2012), é certo que “o juiz julga pela lei, mas a lei não é algo que não tenha relação com a vida. Claro que [a opinião pública] não pode substituir a lei. Mas a existência de opiniões da sociedade faz parte de um processo eminentemente político” de necessária observância pela Corte.

Por outro lado, esse suposto alinhamento entre a condução do julgamento do “mensalão” e os anseios da opinião pública foi objeto de críticas de vários pensadores e, sobretudo, dos defensores dos réus, para quem o Supremo estaria se curvando à vontade popular e condenando sem provas:

De acordo com o advogado [do réu José Dirceu], o Ministério Público Federal (MPF) desprezou provas produzidas durante o contraditório. “Foram mais de 600 depoimentos e nenhum deles incrimina José Dirceu”. E diz que a Procuradoria-Geral da República se apoiou em “provas extrajudiciais, em depoimentos tumultuados e em análises publicadas na imprensa” (in: <http://noticias.uol.com.br/politica/ultimasnoticias/12/08/06/jose-dirceu-nao-e-chefe-de-quadrilha-diz-advogado>).

A relação entre opinião pública e a decisão jurisdicional é abordada pela juíza federal Jane Reis Gonçalves Pereira, em seu artigo “O Judiciário e a opinião pública: riscos e dificuldades de decidir sob aplausos e vaias”. Segundo ela, existem duas correntes contrapostas, uma que defende a consideração pelos juízes da opinião pública, pois “as instituições dependeriam do crédito público para preservar sua autoridade, virar as costas para as visões hegemônicas seria o passaporte para a deslegitimação e o enfraquecimento institucional” (PEREIRA, 2012).

Outra que é contrária a essa relação, pois violaria a própria definição da independência do juiz, que é baseada exatamente em sua capacidade de decidir apenas segundo a lei e a sua consciência, mantendo-se refratário às pressões externas e preservando a serenidade em face das vaias e dos aplausos:

O Judiciário, como agente imparcial e cercado de garantias, deve estar apto a arcar com os ônus e desgastes decorrentes de decisões impopulares. Essa é sua função e seu encargo. A opinião pública não pode, portanto, ser um fator relevante na

formação da convicção judicial (PEREIRA, 2012).

Entretanto, Jane Pereira ensina que na prática não é possível dar uma resposta binária, do tipo sim ou não, à indagação sobre se o Judiciário pode ou deve ser permeável à opinião pública. Na verdade, trata-se um processo heterogêneo e complexo em que o Judiciário constrói estrategicamente sua imagem, podendo por vezes ceder à opinião pública:

As Cortes, assim como as pessoas, agem intuitivamente e tem senso de autopreservação. Colegiados são grupos humanos, e como tais podem agir segundo um cálculo da repercussão de seus atos, alternando períodos de recolhimento com outros de maior ousadia. Os juízes podem, ainda, revezar decisões impopulares com outras que aumentam seu crédito público, num processo de equilíbrio e compensação entre perdas e ganhos, que afinal pode ser ou não bem sucedido (PEREIRA, 2012).

Ao que parece, no caso do “mensalão”, ante sua particularidade e singularidade, amparando-nos nas próprias discussões levadas a efeito pelos magistrados quando do julgamento, tal como se depreende do tópico 3.1.2, houve um contexto de permeabilidade à opinião pública, a qual foi aumentando no decorrer do processo de julgamento atingindo seu ápice na condenação dos réus, sobretudo do núcleo político, à prisão, tendo, no entanto, havido um influxo desse alinhamento, quando do novo julgamento possibilitado pelos Embargos Infringentes, recursos que resultaram na diminuição da pena de oito condenados.

Essa oscilação entre a técnica pura e a técnica aliada à repercussão social, foi bem traduzida pelas discussões acerca do cabimento dos supracitados Embargos Infringentes:

Na sessão desta quinta-feira, quem melhor resumiu a cena foi Marco Aurélio Mello: “Sinalizamos para a sociedade brasileira a correção de rumos, visando um Brasil melhor. Cresceu o Supremo como órgão de cúpula do Judiciário junto aos cidadãos. Mas estamos a um passo, ou melhor a um voto de desmerecer a confiança que no Supremo foi depositada”.

A repercussão que isso terá é incomensurável”, lamuriou-se Gilmar Mendes. Num chiste, Marco Aurélio insinuou que o Supremo está prestes a entrar na linha de tiro das ruas: “Vossa excelência fique tranquilo, ministro Gilmar, porque eu soube que os vidros do plenário foram blindados” (SOUZA, 2013).

Até mesmo a decisão de iniciar o julgamento em agosto, início do período eleitoral das eleições municipais de 2012, foi tida como sendo resultado de pressão da opinião pública, tendo de ser explicada pelo então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Ayres Britto:

– O Supremo não marcou essa data do chamado mensalão por efeito de pressão pública. O Supremo não precisa de nenhuma pressão, seja de gabinete, seja de rua, para cumprir o seu dever constitucional de julgar os processos que lhe são entregues - afirmou o presidente do STF, acrescentando que o julgamento do Supremo será objetivo, imparcial, sereno e técnico (in: <http://oglobo.globo.com/brasil/mensalao/ayres-britto-opiniao-publica-nao-influencia-julgamento-do-mensalao>).

Sobre o tema, o Min. Luiz Fux acompanhou em parte o afirmado pelo então Ministro Presidente, no entanto, ressaltou a possibilidade da consideração do apelo popular no que tange à priorização de um julgamento em relação a outro que não tenha esse clamor por uma resposta imediata do Judiciário:

O juiz é um técnico, ele não pode se deixar levar pelo clamor social. Entendo que realmente o julgamento premente, o julgamento imediato para dar uma satisfação à sociedade, se o processo já está instruído, se ele é viável de julgamento, isso deve ser priorizado porque a sociedade está inquieta. A função da justiça é pacificar a sociedade. Acho que deve ser julgado no momento oportuno de acordo com o que reclama a sociedade, porque o processo já está pronto para julgamento (in: <http://oglobo.globo.com/brasil/mensalao/ayres-britto-opiniao-publica-nao-influencia-julgamento-do-mensalao>).

Juristas, cientistas políticos e entidades ligadas ao combate da corrupção avaliaram o julgamento do “mensalão” como sendo um divisor de águas da história política do Brasil, fazendo parte de um processo que começou em 1999, com a aprovação da Lei de Compra de Votos, e passou pela Lei da Ficha Limpa, aprovada em 2011:

<p>Nelson Calandra, presidente da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB)</p>	<p>"(..) No fundo os políticos imaginam que tudo podem. A partir desse calvário eles vão repensar em tomar uma atitude como essa que lhes foi imputada na ação penal 470. Os debates mostraram que o STF tem agido democraticamente. O Brasil tende a passar a limpo várias coisas que ficaram no passado."</p>
---	---

<p>Márlon Reis, juiz de direito no Maranhão, co-fundador do Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral (MCCE)</p>	<p>"Representa um divisor de águas, porque o Brasil não está acostumado a ver sequer um julgamento efetivo de pessoas que detêm posições privilegiadas. (...) Está servindo para a uma abertura de precedentes, no enfrentamento da corrupção em matéria penal e abre espaço para uma jurisprudência. (...) A história que vemos é de muita leniência ao julgar pessoas poderosas. Essa é a quebra de paradigma para que as normas sejam respeitadas por todos."</p>
<p>Ophir Cavalcante, advogado e diretor do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)</p>	<p>"(...) A maior lição deste julgamento é que o princípio de que todos são iguais perante a lei é aplicado sempre a todos, indistintamente, do mais alto escalão até o mais humilde. Pretende-se mudar a lógica da impunidade, de que nada acontece com quem tem cargo de poder. (...) Com o julgamento do mensalão, ganha a Justiça, sai fortalecido o STF, ganha a democracia e ganha a República brasileira."</p>
<p>Roberto Romano, professor de Ética e Filosofia na Universidade Estadual de Campinas(Unicamp)</p>	<p>"Este julgamento sinaliza uma mudança de comportamento do STF, que naturalmente vai repercutir nas outras instâncias. O STF não tem história que o lisonjeia, não tem passado de cidadania, mas de apoio ao governo. (...) A grande novidade desta decisão é que, pela primeira vez, o corpo do STF toma uma atitude contra um partido que controla o governo federal. É um marco na história do STF e da Justiça brasileira. Destaco ainda a inovação do Supremo, com a transparência de expor a votação nas TVs, ao público. (...)."</p>
<p>Cláudio Weber Abramo, diretor executivo da ONG Transparência Brasil</p>	<p>"As consequências do julgamento para o PT ou para o Lula são fugazes. Daqui um ano ninguém vai se lembrar. Alguns aspectos são relevantes, principalmente o fato de o STF ter condenado indivíduos bem situados na política, mas isso não pode ser comemorado, pois um fato só não faz milagre. (...) O efeito didático só vai ocorrer se as condenações forem sistemáticas daqui por diante. Caso isso não ocorra, isso será um caso isolado. (...) "</p>

Tabela 4 – Avaliações do julgamento do “mensalão”

Fonte: <http://g1.globo.com/politica/mensalao/noticia/2012/10/especialistas-elogiam-julgamento-do-mensalao-pelo-stf.html>

Vê-se então, que o contexto social particular que permeou o julgamento do “mensalão” foi de otimismo de parcela da sociedade no sentido da possibilidade de a Justiça alcançar também políticos corruptos e criminosos

com posição econômica e social privilegiada, o que, de certo, modo aconteceu.

Cuidou-se, pois, de uma possibilidade de desagravo da sociedade brasileira para com a corrupção sistemática que compromete como um câncer a legitimidade das instituições nacionais.

Nesse mesmo sentido, as manifestações públicas de seus Ministros transparecem que o STF comungava dessa particular conjuntura, que desafiava a própria credibilidade institucional da Corte em face da sociedade que, no limite, tal como afirmou Barroso (2012), viu neste momento a possibilidade de ser dado mais um passo na reforma política que o país demanda há décadas⁶².

3.3. As dimensões do ativismo do STF na decretação da perda automática do mandato dos parlamentares federais condenados no “mensalão”

Seguindo a proposta metodológica explicitada no início deste Capítulo, resta investigar, a partir dos contextos apresentados, as dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal na decretação da perda automática do mandato eletivo dos parlamentares federais condenados no julgamento da Ação Penal 470/MG.

Neste sentido, releva esclarecer que, em relação à decisão sobre a perda do mandato no caso do “mensalão”, o Parlamento não esteve omissivo, ao contrário, expressamente requereu a manutenção desta sua competência constitucional, já tendo cassado⁶³, muito antes do fim do julgamento, os mandatos de dois dos principais personagens da Ação Penal 470/MG, o do ex-Deputado Roberto Jefferson, no dia 14/09/2005, delator do esquema, e do ex-Deputado José Dirceu, no dia 01/12/2005, suposto chefe da quadrilha.

⁶² O julgamento, portanto, significa um momento desesperado da sociedade brasileira por reforma política. É preciso diminuir o peso do dinheiro e elaborar uma fórmula em que a eleição presidencial seja capaz de produzir também maioria no parlamento. O varejo da negociação política para a formação de maiorias que induz o fisiologismo e a corrupção. Este julgamento é tão excepcional nas suas circunstâncias que é difícil avaliar as suas consequências no plano jurídico (Fonte: <http://g1.globo.com/politica/mensalao/noticia/2012/10/especialistas-elogiam-julgamento-do-mensalao-pelo-stf.htm>).

⁶³ Alguns críticos defendem que a cassação antecipada desses parlamentares foi uma tentativa de acalmar a opinião pública. Nesse sentido, cf. Genro. Luciana. José Dirceu merecia ser cassado.

Outros condenados renunciaram ao mandato para fugir da cassação plenária:

Deputado Federal	Partido	Motivo da renúncia
José Genoíno	PT-SP (2010)	Ocorreu em 03/12/2013 após condenação no processo do “mensalão”.
Valdemar Costa Neto	PR-SP (2010)	Ocorreu em 05/12/2013 após condenação no processo do “mensalão”.
Pedro Henry	PP-MT (2010)	Ocorreu em 13/12/2013 após condenação no processo do “mensalão”.
João Paulo Cunha	PT-SP (2010)	Ocorreu em 07/02/2014 após condenação no processo do “mensalão”.

Tabela 5 – Lista dos Deputados que renunciaram para fugir da cassação após condenação no processo do “mensalão”

Fonte: autor e http://pt.wikipedia.org/wiki/Lista_de_parlamentares_cassados_no_Brasil.

Na iminência da decretação da perda automática dos mandatos pelo Supremo, o então Presidente da Câmara dos Deputados, Marco Maia (PT-RS)⁶⁴, com apoio de vários líderes partidários, afirmou que o Legislativo não iria “se curvar” ao STF quanto à decretação da perda dos mandatos eletivos, que, segundo ele, caberia tão-somente ao Plenário legislativo⁶⁵.

Essa foi a postura do Congresso Nacional no pós-1988, tendo, em várias oportunidades, cassado mandatos eletivos antes mesmo da condenação judicial irreversível:

Congressista	Partido	Resumo da cassação
Jabes Rabelo	PTB-RO (1990)	Deputado cassado em 07/11/1991, conforme a Resolução nº 13/9174/CD, por endosso a documento parlamentar falsificado.
Itsuo Takayama	PFL-MT (1990)	Deputado cassado em 15/12/1993, conforme a Resolução nº 54/9377/CD, por compra de filiação partidária.
Nobel Moura	PTB-RO (1990)	Deputado cassado em 15/12/1993, conforme a Resolução nº 53/9377/CD, por compra de filiação partidária.
Onaireves Moura	PTB-PR (1990)	Deputado cassado em 15/12/1993, conforme a Resolução nº 55/9377/CD, por compra de filiação partidária.
Carlos Benevides	PMDB-CE (1990)	Deputado cassado em 14/04/1994, conforme a Resolução nº 62/9482/CD, fruto da CPI do Orçamento.
Feres Nader	PTB-RJ (1990)	Deputado cassado em 14/04/1994, conforme a Resolução nº 61/9482/CD, fruto da CPI do Orçamento.
Fábio Raunheitti	PTB-RJ (1990)	Deputado cassado em 19/04/1994, conforme a Resolução nº 63/9486/CD, fruto da CPI do Orçamento.
Raquel Cândido	PTB-RO	Deputado cassado em 19/04/1994, conforme a Resolução

⁶⁴ Maiores detalhes cf. LOURENÇO, Iolando. RICHARD, Ivan. **Julgamento do mensalão criou clima de crise da Câmara com o STF**. Disponível em <<http://www.ebc.com.br/noticias/politica/2012/12/julgamento-do-mensalao-criou-clima-de-crise-da-camara-com-o-stf>>.

⁶⁵ Percebe-se que algumas decisões da Justiça Constitucional geram insatisfação no espaço político-partidário, na mídia e no Governo, chegando, por vezes, a deflagrar uma situação mais séria de crise institucional (TAVARES, 2007, p. 9).

	(1990)	nº 64/9486/CD, fruto da CPI do Orçamento.
Ibsen Pinheiro	PMDB-RS (1990)	Deputado cassado em 18/05/1994, conforme a Resolução nº 65/9490/CD, fruto da CPI do Orçamento.
Sérgio Naya	PMDB-MG (1994)	Deputado cassado em 15/04/1998, conforme a Resolução nº 25/9893/CD, após a tragédia do Palace II.
Talvane Albuquerque	PFL-AL (1998)	Deputada cassada em 07/04/1999, conforme o Regimento Interno, acusada de envolvimento na morte da Deputada Ceci Cunha, a quem substituiria.
Hildebrando Pascoal	PFL-AC (1998)	Deputado cassado em 22/09/1999, conforme a Resolução nº 06/99100/CD, sob acusações de envolvimento com o crime organizado.
Luiz Estevão	PMDB-DF (1998)	Senador cassado em 28/06/2000, acusado de desviar R\$ 170 milhões destinados à construção do Fórum Trabalhista de São Paulo. Foi o primeiro senador cassado na história do Brasil.
Rogério Silva	PMDB-MT (2002)	Deputado cassado em 202004, sob a acusação de compra de votos.
André Luís	PMDB-RJ (2002)	Deputado cassado em 05/05/2005, conforme o Regimento Interno, acusado de extorsão contra Carlinhos Cachoeira.
Paulo Marinho	PFL-MA (2002)	Deputado cassado em 11/08/2005 por ato da mesa diretora num processo iniciado em 1999, em que era acusado de venda irregular de ações da Companhia Energética do Maranhão.
Roberto Jefferson	PTB-RJ (2002)	Deputado cassado em 14/09/2005, conforme a Resolução nº 25/2005113/CD, por envolvimento no “mensalão”.
José Dirceu	PT-SP (2002)	Deputado cassado em 30/11/2005 por envolvimento no caso do “mensalão”.
Ronivon Santiago	PPB-AC (2002)	Deputado cassado em 21/12/2005, acusado de crime eleitoral.
Pedro Corrêa	PPB-PE (2002)	Deputado cassado em 15/03/2006 por envolvimento no “mensalão”.
Demóstenes Torres	DEM-GO (2010)	Senador cassado em 11/07/2012, acusado de associação a Carlinhos Cachoeira.
Natan Donadon	PMDB-RO (2010)	Deputado cassado em 12/02/2014, acusado de quebra do decoro parlamentar.
André Vargas	PT-PR (2010)	Deputado cassado em 10/12/2014, acusado de quebra do decoro parlamentar.

Tabela 6 – Lista dos congressistas que tiveram os mandatos cassados após 1988.

Fonte: autor e http://pt.wikipedia.org/wiki/Lista_de_parlamentares_cassados_no_Brasil.

Nesta perspectiva, tem-se que, na espécie, o STF desempenhou um papel contramajoritário (dimensão contramajoritária do ativismo), pois, mesmo não sendo hipótese de omissão da Câmara dos Deputados em deliberar sobre a perda dos mandatos, atuou no sentido de substituí-la.

Cite-se, neste ponto, a título de conhecimento, que se encontra em tramitação no Congresso Nacional a Proposta de Emenda à Constituição nº 18/2013⁶⁶, apelidada de “PEC dos mensaleiros”, que altera o art. 55 da Constituição Federal, para tornar automática a perda do mandato parlamentar

⁶⁶ A PEC em tela foi aprovada pelo Senado Federal no dia 13/9/2013 e enviada para tramitação na Câmara dos Deputados.

nas hipóteses de improbidade administrativa ou de condenação por crime contra a Administração Pública:

Proposta de Emenda à Constituição n. 18/2013

Art. 1º O art. 55 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 55.

§ 2º Nos casos dos incisos I, II e VI do caput, ressalvado o previsto no inciso II do § 3º, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por voto da maioria absoluta, mediante provocação da respectiva Mesa ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa.

§ 3º A perda do mandato será declarada pela Mesa da Casa respectiva:

I – nos casos previstos nos incisos III a V do caput, ressalvado o previsto no inciso II deste parágrafo, de ofício ou mediante provocação de qualquer de seus membros, ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa;

II – nas hipóteses dos incisos IV e VI do caput, imediatamente, mediante comunicação do Poder Judiciário, após o trânsito em julgado:

a) pela prática de improbidade administrativa, quando imposta a pena de perda do cargo ou da função pública;

b) quando a condenação criminal tenha por efeito a perda do cargo, função pública ou mandato eletivo, nas hipóteses previstas em lei.

.....” (NR)

Art. 2º Esta Emenda à Constituição entra em vigor na data de sua publicação.

Continuemos então a análise, a partir de uma preliminar confrontação do conceito de ativismo deduzido nesta pesquisa e a decretação da perda dos mandatos dos parlamentares federais condenados no “mensalão”.

Viu-se que ativismo judicial é uma postura de supremacia institucional do Poder Judiciário que, dentro de uma dada realidade sociopolítica e constitucional, expande seu poder político-decisório em face dos demais Poderes, manifestando-se em uma ou várias dimensões.

No caso em estudo, o quadro jurídico-constitucional amplo mostrou-se idêntico nas três decisões analisadas, não tendo havido nenhuma

alteração normativa ou desenvolvimento jurisprudencial de mudança capaz de explicar a postura do Supremo no que tange à desnecessidade de decisão da respectiva Casa Legislativa em relação à perda do mandato, quando da condenação criminal irrecurável de parlamentar federal.

Tanto o é que, pouco tempo depois, tal como elucidado no tópico 3.1.3, o STF retornou ao seu entendimento primevo no sentido da impossibilidade da decretação da perda automática do mandato.

A esperança de que as razões trazidas nos acórdãos demonstrassem uma nova contextura jurídica que explicitasse a temporária alteração da posição da Corte no particular caso da Ação Penal 470/MG não se confirmou, pelo contrário, tanto as razões a favor como as contrárias a decretação judicial da perda dos mandatos federais observaram o Princípio do livre convencimento motivado do juiz⁶⁷, respeitando, portanto, o que determinam os arts. 93, IX, da Constituição de 1988⁶⁸ e os arts. 131, 165 e 458, II, do Código de Processo Civil⁶⁹, pelo que impassíveis de serem consideradas ilegais/ilegítimas por si sós.

Esse fato vai ao encontro de uma das constatações desta pesquisa, ou seja, não ser conveniente confundir ativismo judicial com a correção ou, mesmo com a legitimidade, de decisões judiciais particulares, tendo em vista que a análise do acerto ou não de uma manifestação judicial, ao menos em parte, dependerá do subjetivismo de seu intérprete, não estando sujeito a critérios objetivos de interpretação.

O que se viu, na verdade, foi um singular tecido sociopolítico, marcado por uma inédita aproximação entre o Supremo Tribunal Federal e a

⁶⁷ Sem a rigidez da prova legal, em que o valor de cada prova é previamente fixado na lei, o juiz, atendo-se apenas às provas do processo, formará seu convencimento com liberdade e segundo a consciência formada. Embora seja livre o exame das provas, não há arbitrariedade, porque a conclusão deve ligar-se logicamente à apreciação jurídica daquilo que restou demonstrado nos autos. E o juiz não pode fugir dos meios científicos que regulam as provas e sua produção, nem tampouco às regras da lógica e da experiência (THEODORO JUNIOR, 2009, p. 415-416).

⁶⁸ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...)

IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente estes (grifou-se).

⁶⁹ Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formam o convencimento.

Art. 165. As sentenças e acórdãos serão proferidos com observância do disposto no art. 458; as demais decisões serão fundamentadas, ainda que de modo conciso.

Art. 458. São requisitos essenciais da sentença:

II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito.

sociedade e por um cenário de confiança no nascimento de uma nova Era para o Judiciário brasileiro, na qual ricos e políticos também responderiam, ou melhor, seriam condenados por seus crimes, a qual, com as devidas proporções, se concretizou.

Estava em debate a própria credibilidade institucional do Supremo de aplicar a justiça e de pacificar a sociedade. Essa situação aumentou a permeabilidade do STF à parcela da opinião pública que não aceitava outro desfecho que não a efetiva condenação dos “mensaleiros”.

Nestes lindes, percebeu-se que o ativismo do Supremo Tribunal Federal se manifestou em várias dimensões, como:

- a) Resistência do Supremo em respeitar os limites de seu próprio poder, tendo faltado deferência em relação à competência constitucional da Câmara dos Deputados inscrita no art. 55, § 2º, da Carta magna, expandido sua jurisdição e seus poderes decisórios sobre ato, constitucionalmente, *interna corporis* do Parlamento;
- b) Interpretação excessivamente ampliativa de normas, notadamente dos arts. 15, III, e art. 55, VI e § 2º, da Constituição, e de princípios constitucionais, como o da moralidade, para afastar o sentido literal e imediato do texto normativo, de sua estrutura e de sua conformação histórica a fim de aproxima-lo ao contexto sociopolítico singular do “mensalão”;
- c) Postura de soberania judicial, evidenciada na exclusão dos atores políticos do Parlamento da construção do significado constitucional subjacente à regra constitucional segundo a qual, em se tratando de Deputado Federal e de Senador, a decretação da perda do mandato em face de condenação criminal irrecorrível dependeria da decisão/deliberação da respectiva Casa Legislativa;

d) Relutância da Corte Constitucional brasileira de submeter sua decisão de cassar os mandatos parlamentar ao crivo do Legislativo, revelando o chamado ativismo contramajoritário.

Ao longo do julgamento do mensalão foram utilizados diversos métodos de interpretação constitucional. Falou-se de métodos tradicionais, como o sistemático e o teleológico, os quais, por vezes, fundamentaram conclusões diversas sobre o mesmo tema.

O Min. Gilmar Mendes, por exemplo, a partir do princípio hermenêutico da unidade da Constituição, afirmou que sua decisão tentou harmonizar a tensão existente entre as normas constitucionais em jogo, de modo a dar máxima efetividade aos dispositivos aparentemente antinômicos (art. 15, III, e art. 55, VI e § 2º, da Constituição), evitando-se o sacrifício total de um em relação ao outro.

No entanto, a fixação da ética e da moralidade na política como substrato axiológico das normas constitucionais sobre a perda de mandato eletivo e da suspensão dos direitos políticos (art. 15, III, e 55, VI e § 2º, da CF/1988) pareceu ter sido circunstancial, pelo que foi combatida pela Min. Rosa Weber, para quem a sistemática interpretativa dos dispositivos constitucionais em tela caminha e sempre caminhou no sentido de que a proteção constitucional, neste caso, não se relaciona a pessoa, a conduta ou a eticidade do representante eleito, mas visa resguardar a soberania da vontade popular, preservando-se o voto do representado e não o direito do representante de manter o seu mandato eletivo.

Assim, tal como defendido por Lewandowski, a própria natureza do mandato político, resultante da vontade popular, expressa pelo voto direto, secreto, universal e periódico, justificaria a exceção à regra geral em relação à perda imediata do mandato eletivo na hipótese condenação criminal transitada em julgado, porquanto o parlamentar esteja investido em um plexo diferenciado de prerrogativas constitucionalmente asseguradas.

Uma das fontes interpretativas fundamentais da corrente vencedora, capitaneada por Barbosa, foi a investigação da vontade do Poder

Constituinte originário⁷⁰, quando da criação dos dispositivos constitucionais em debate, providência não recomendada pela hermenêutica moderna.

Esta questão foi abordada no voto de Rosa Weber:

Igualmente deve ser afastada, desde logo, porquanto falaciosa, qualquer perquirição, de nuances irremediavelmente metafísicas, acerca da suposta intenção “autêntica” do Constituinte ao aprovar o texto do art. 55, VI e § 2º, da CF, na medida em que, para além do significado já incorporado como referência no próprio significante – tudo o que se apresenta à cognoscibilidade do intérprete é o texto que foi aprovado pelo legislador (no caso, o Constituinte) da norma jurídica – uma vez que não há como se ter acesso à mente dos Constituintes “não cabe a questão de sermos capazes de atribuir à legislatura como tal quaisquer pensamentos, intenções, crenças ou propósitos, (...) não há nenhum estado ou condição que corresponda à ‘intenção da legislatura’ da qual alguma outra coisa – como aquilo que membros ou grupos específicos disseram, pensaram, escreveram ou fizeram – pudesse oferecer uma pista.” (WALDRON, Jeremy. *A Dignidade da Legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.). Esse sentimento é compartilhado por Gomes Canotilho, para quem “fora das possibilidades da interpretação constitucional se deve situar a interpretação conhecida na metodologia geral do direito por interpretação autêntica” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1996) (fl. 1.452).

Também apareceu nas discussões do julgamento:

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (REVISOR) - Mas nós somos guardiões da Constituição e **não censores do legislador constituinte**. Essa que é a verdade. E há mais: nós temos uma jurisprudência absolutamente pacífica, tanto no TSE quanto aqui nesta Suprema Corte, de que a diplomação e a posse constituem um ato jurídico perfeito e **só podem ser desconstituídos por um procedimento próprio, seja na Justiça Eleitoral ou, neste caso, no Congresso Nacional, na forma prevista no artigo 55, § 2º**. Nós estamos diante de um mandato que é proveniente de um voto absolutamente hígido, que a soberania popular concedeu a um determinado parlamentar, a Justiça Eleitoral o diplomou, ele tomou posse no Congresso Nacional; é um ato jurídico perfeito e tem que ser desconstituído de alguma forma, e essa desconstituição se dá exatamente nos termos do artigo 55, § 2º. **É uma exceção que o constituinte colocou na Carta Magna. Agora, se estamos de acordo ou não estamos de acordo com essa realidade, nós não podemos, *data venia*, imprimir a interpretação segundo a nossa perspectiva subjetiva, ou a nossa intenção, ou o nosso repúdio ao ato**

⁷⁰ Alguns Ministros negam que estejam balizando seus votos na investigação da vontade do Constituinte, mas a leitura dos votos e das discussões mostram o contrário.

de improbidade. Mas a verdade é que é um texto que, *data venia*, não comporta nenhuma margem de interpretação. É claríssimo. (fl. 8.157).

Foi recorrente o emprego do Código Penal (art. 92) para interpretar a Constituição, quando, na realidade, o natural seria a utilização dos preceitos constitucionais para balizar a interpretação das leis, ou seja, “a Constituição não complementa o sentido da lei. A lei é que complementa o sentido da Constituição” (fl. 1.452).

O Ministro Gilmar Mendes, inclusive, serviu-se de tal critério, para afirmar que o entendimento vencedor é consentâneo com as legítimas vontades emanadas dos demais Poderes, pois a alteração do art. 92 do Código Penal, proposta pelo Poder Executivo e aprovada, sem emendas, pelo Legislativo em 1996 (Lei n. 9.268/1996), bem depois, portanto, da promulgação da atual Carta Política, colocou como uma das possíveis consequências da condenação criminal transitada em julgado a perda do mandato eletivo.

No desenrolar dos debates travados no STF, transpareceu-se, em várias oportunidades, que ambos os lados tenderam, por motivos diversos, desconsiderar ou pôr em dúvida a competência do Congresso Nacional em exercer suas atribuições constitucionais, sobretudo no que tange à decisão sobre a perda do mandato eletivo em face de condenação criminal:

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E RELATOR) - Veja, Vossa Excelência, a possibilidade, a minha proposta é esta: nós vamos deixar na nossa decisão consignada a perda, se a Câmara resolver lá que vai proteger esse ou aquele parlamentar, ela que arque com as consequências, mas nós cumprimos a nossa missão que é de aplicar a lei a todos, de maneira igualitária (fl. 8.082).

A Ministra Rosa Weber, embora tenha consignado que o seu julgamento fundou-se na “prevalência da Constituição Federal, instituidora de um Estado Democrático de Direito marcado pela independência e harmonia entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário” (p. 1.438), de modo a assegurar o significado político, jurídico e constitucional do mandato parlamentar e o conceito de democracia representativa, revelou a seu entendimento no sentido de que “o constitucionalismo contemporâneo descortina a exigência de um controle efetivo e intenso da própria atividade

política pelo Poder Judiciário” (fl. 1.441), sendo certo que judicialização da política não é algo deletério para a democracia, pois, ao contrário, o regime democrático é o pressuposto da expansão das competências do poder judiciário.

Mesmo votando pela manutenção da sistemática estabelecida no precedente primevo do Min. Moreira Alves, explicitou, assim como aconteceu com outros Ministros, certo descrédito em relação ao Legislativo:

De fato, em uma época em que muito se fala em crise de representatividade, em déficit de legitimidade e diferentes modelos de reformas políticas são discutidas, não é difícil ficar tentado a uma interpretação do texto Constitucional que subtraia do Poder Legislativo suas responsabilidades políticas e constitucionais. (fl. 1.440)

O Min. Joaquim Barbosa aduziu que, se o Constituinte originário brindou o STF com a competência para processar e julgar os parlamentares federais acusados da prática de infrações penais comuns, nada mais razoável que seja da Corte o dever da aplicação das penas cominadas em lei, em caso de condenação e, em sendo a perda do mandato eletivo uma pena acessória da pena principal (privativa de liberdade ou restritiva de direitos), deverá ser decretada pelo órgão que exerce a função jurisdicional, como um dos efeitos da condenação, desde que presentes os requisitos legais para tanto (art. 92 do CP ou condenação proferida antes da expedição do diploma).

Ato contínuo, o mesmo julgador, acompanhado pelo Min. Luiz Fux, mostra dificuldades em dar aplicabilidade a dupla proteção⁷¹ que a Constituição dispensa ao mandato eletivo federal, pressupondo que a não sustação do andamento do processo penal pelo Legislativo, no momento oportuno, significa que o julgamento foi justo e regular, não havendo, pois, justificativa para que venha a obstar o cumprimento de todos os efeitos da sentença condenatória.

Essa preconcepção é reveladora do temor da Corte de que, em permanecendo a decisão da perda dos mandatos nas mãos do Parlamento, esse não delibere ou ainda, decida pela manutenção dos mandatos dos

⁷¹ A dupla proteção do mandato eletivo a que se refere este enunciado abrange a possibilidade de a Casa legislativa respectiva: a) sustar o andamento de ação penal contra parlamentar, nos termos do art. 53, § 3º, da CF/1988; e b) decidir sobre a perda do mandato eletivo nos casos previstos no art. 55, I, II e VI, da Carta Magna.

condenados:

Na qualidade de agente imparcial, o magistrado não pode ser precipitado no seu juízo de valor, nem desequilibrado na sua conduta, nem fazer pré-julgamentos indevidos e açodados, nem manifestar-se com impertinência, nem deixar-se levar por tendências ilegítimas ou falácias. Não condiz com o perfil da magistratura a grosseria, o desequilíbrio, a intolerância ou atitudes discriminatórias a quem quer seja o jurisdicionado, sendo missão julgadora a atuação firme, sensível e ativa (OLIVEIRA, 2009, p. 30).

Como si viu, os dados trazidos nesta pesquisa caminham na direção oposta dessas conclusões, tendo o Congresso Nacional no pós-1988, em várias oportunidades, cassado mandatos eletivos antes mesmo da condenação judicial irrecorrível.

Houve, portanto, uma preocupação com o resultado prático do julgamento, não se aceitando solução outra que não a perda dos mandatos, o que justificou a desconsideração da competência constitucional das Casas do Congresso Nacional inscrita no art. 55, § 2º:

Ocorreu, no caso concreto, a condenação de réus Deputados por crimes contra a Administração Pública e, a não se consignar a perda dos mandatos, podemos ter situação jurídica de absoluta incongruência, ou seja, a execução da pena, até mesmo em regime fechado, se for o caso, e a continuidade, por ausência de deliberação da Câmara dos Deputados (fl. 8.228).

Apenas a título de conhecimento, consigna-se que houve quem, mesmo vencido na discussão, desse algum crédito à sensibilidade do Legislativo em avaliar situações políticas graves:

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (REVISOR) Presidente, nós temos que acreditar na honorabilidade e na seriedade dos integrantes do Congresso Nacional. Eu parto do pressuposto da honorabilidade, integridade e seriedade de todos os membros do Congresso Nacional. Eu acredito que, quando nós comunicarmos que alguém foi condenado criminalmente, seguir-se-á necessariamente a decretação da perda do mandato; penso eu (fl. 8.085).

Ademais, houve certo voluntarismo Supremo em substituir o Parlamento na decisão da perda do mandato eletivo em face de condenação criminal transitada em julgado, no caso do mensalão. Tanto os defensores

quanto os opositores da manutenção da sistemática interpretativa do art. 55, § 2º, da Constituição, fundamentaram sua decisão no princípio da separação dos poderes, ou seja, o mesmo argumento fundamentou o deslinde de duas decisões que se anulam.

Neste contexto, ao mesmo tempo em que o Min. Joaquim Barbosa esclareceu que solução diversa da apresentada em seu voto infringiria o equilíbrio, a separação, a independência e a harmonia entre as funções estatais soberanas, pois a sujeição da decisão do Poder Judiciário à revisão do Legislativo revelaria uma deficiência no mecanismo de controle recíproco entre os Poderes, Ricardo Lewandowski apontou que a desconsideração pela Corte da reserva do Parlamento em decidir sobre a perda do mandato em face de condenação criminal transitada em julgado teria o potencial de desencadear um indesejável conflito institucional entre o Legislativo e o Judiciário, em contraponto a salutar postura de *self restraint*, ou seja, de autocontenção, necessária a manutenção do equilíbrio entre os Poderes.

Notável, pois, a preocupação dos Ministros com os desdobramentos de sua decisão na relação institucional entre Tribunal e Congresso Nacional:

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Veja que a experiência indica que, mesmo nos casos de perda decretada pela Justiça Eleitoral, nós tivemos refregas institucionais por conta de impasses verificados. (...) (fl. 8.090).

Não haveria, aos olhos da maioria dos membros do STF, outro caminho para o caso que não a decretação automática da perda do mandato, haja vista o fato de que as penas às quais os réus detentores de mandato eletivo foram condenados são, em seu efeito prático, incompatíveis com o exercício da função parlamentar.

Daí a preocupação da Corte de afastar a possibilidade, até então aceita, de decisão do Legislativo, pois decidir significaria a possibilidade de mudar o entendimento por ela fixado, o que, no limite, ameaçaria a própria estabilidade República Federativa do Brasil:

Agora, *data venia*, não me impressiono, e volta e meia estou

ouvindo neste Plenário argumentos *ad terrorem*⁷²: que se trata de peculato, crime contra a Administração Pública e, ainda que a própria República é que estaria ameaçada. Eu estou fazendo, *data venia*, uma leitura técnica – pelo menos a meu ver - do que se contém na Constituição Federal e não me impressiono com considerações de natureza axiológica ou metajurídica (fl. 8.079).

Nesta perspectiva, ante a necessidade de o STF decretar, desde logo, a perda do mandato eletivo, foi “dado um passo à frente”, nas palavras do Min. Gilmar Mendes, para alterar o entendimento jurisprudencial estabelecida no precedente do Min. Moreira Alves (Recurso Extraordinário 179.502/STF/SP).

A mudança de posicionamento da Corte causou estranheza quando se tem em mente que, pouco tempo antes, por ocasião do julgamento da Ação Penal 481/STF/PA de relatoria do Min. Dias Toffoli, julgado em 08/09/2011, em desfavor do Deputado federal, Asdrúbal Mendes Bentes (PMDB-PA), condenado por oferecer vantagem ilícitas a eleitoras, consistente na realização de cirurgia de esterilização, com o intuito de obter votos (art. 299 do Código Eleitoral), a Corte pronunciou-se no sentido de que, após o trânsito em julgado da condenação criminal, caberia às Casas do Congresso Nacional exercer a competência constitucional inscrita no § 2º do art. 55:

(...) a mera condenação criminal em si não implica, ainda durante a pendência dos seus efeitos, perda automática do mandato. Por que não implica? Porque se implicasse, o disposto no artigo 55, VI, c/c § 2º, seria norma inócua ou destituída de qualquer senso; não restaria matéria sobre a qual o Congresso pudesse decidir. Se fosse sempre consequência automática de condenação criminal, em entendimento diverso do artigo 15, III, o Congresso não teria nada por deliberar, e essa norma perderia qualquer sentido (fl. 243).

O mesmo aconteceu pouco tempo depois do julgamento do mensalão, quando, por ocasião Ação Penal 565/RO em desfavor do Senador Ivo Narciso Cassol e de outros oito réus, o retorno do Supremo Tribunal Federal ao seu entendimento primevo no sentido da impossibilidade da decretação judicial da perda do mandato eletivo federal de condenado criminalmente em decisão irrecorrível.

⁷² Argumentos *ad terrorem* são aqueles que visam atemorizar.

CONCLUSÃO

A investigação das condições históricas e institucionais que possibilitaram o surgimento do ativismo judicial revelou que elas transitaram na contenção da ingerência estatal em face do domínio particular no Estado de Direito Liberal, no incremento do rol de direitos individuais e sociais, potencializados pela intervenção proativa do Estado de bem-estar social, e na coexistência entre a legalidade, a origem eleitoral do poder político e a soberania popular, consubstanciada pelo Estado Democrático de Direito.

A Constituição no pós-Segunda Guerra tornou-se o referencial do sistema jurídico, dando validade e sentido às demais normas e à atuação/relação entre os Poderes e entre estes e os particulares, marcando um processo global de alteração do epicentro do poder, que se desloca do modelo de supremacia legislativa, na linha das doutrinas inglesa e francesa, para o novo padrão de inspiração americana de preponderância das Constituições.

A consequência foi a expansão da jurisdição constitucional e do controle de constitucionalidade associados à criação e à expansão do papel institucional do Judiciário, culminando na ampliação da influência político-decisório de juízes e Cortes e da discussão acerca da divisão do poder entre os atores políticos.

O debate sobre decisões judiciais tidas como ativistas antecedeu o surgimento da própria expressão “ativismo judicial” e remonta o aparecimento do controle judicial de constitucionalidade de leis nos Estados Unidos em 1803, quando do julgamento do caso Marbury X Madison, em que, pela primeira vez, posicionava-se o Judiciário como sendo a palavra final em matéria de interpretação constitucional, requerendo, pois, o reconhecimento dos demais Poderes e da sociedade nesse sentido.

A partir de então, o ativismo judicial, sobretudo dos Tribunais Constitucionais, espalhou-se em todos os Continentes, sendo uma característica marcante das novas Constituições democráticas após a Segunda Guerra mundial, a exemplo da atual Carta magna brasileira de 1988.

No Brasil, a discussão é recente, não tendo ainda ocorrido uma reverberação sistêmica na seara política e social, sendo que, na maioria dos

casos, o debate se limita a discussões pontuais sobre decisões particulares.

Historicamente, verificou-se que a Justiça brasileira mostrou-se acanhada politicamente, mantendo uma postura de autorrestrição até os primeiros anos após a Constituição de 1988, considerada o divisor de águas no amplo e contínuo processo de concentração de poderes decisórios do STF.

A nova Carta política alçou o Supremo à condição de guardião da Constituição (art. 102, *caput*), tendo lhe dedicado um extenso rol de competências originárias e recursais, bem como ampliado a quantidade de legitimados a iniciar o controle concentrado de constitucionalidade. Assistiu-se também a uma expansão das espécies de ações constitucionais.

Para uma parcela dos estudiosos, essa extensiva e, até certo ponto, excessiva regulação da vida social presente na atual Constituição decorreu de uma prévia desconfiança que o Constituinte originário tinha do legislador e do administrador, nutrida pelos longos anos de autoritarismo vividos sob ditadura militar, pelo que necessária a estruturação do texto constitucional de tal modo que qualquer movimento mais brusco de um Poder em detrimento dos outros fosse capaz de gerar um incidente de inconstitucionalidade, sujeito, portanto, a decisão do Supremo.

Daí observou-se uma explosão de litigiosidade constitucional, tendo multiplicado exponencialmente o número de processos levados ao conhecimento da Corte Constitucional do Brasil que, mesmo com mecanismos limitadores do acesso à via extraordinária, como a súmula vinculante e a repercussão geral, vê-se ainda hoje inundada por dezenas de milhares de processos todos os anos.

Aliada a essa conjuntura constitucional favorável, a maior parte dos autores acenam para a existência de uma crise de legitimidade das instituições representativas, bem como para inércia ou pouca efetividade do Executivo e do Legislativo na concretização dos direitos fundamentais previstos no ordenamento jurídico e na geração de consensos, o que potencializou a procura pelo Judiciário.

Neste contexto, atos até então considerados como *interna corporis* do Executivo e do Legislativo passaram a ser alcançados pela jurisdição interpretativa e criativa do STF, que se entendeu competente,

inclusive para implementar políticas públicas, regular questões político-eleitorais e partidárias e decidir sobre temas moralmente controvertidos.

Inclusive, a miríade de interconexões entre os Poderes e a fluidez das fronteiras de atuação de cada um deles fizeram com que a teoria constitucional contemporânea perdesse o interesse em elaborar uma teoria geral das funções⁷³ do Estado, fixando-se na análise particularizada das interações e dos conflitos entre os órgãos constitucionais, como foi o caso do singular embate entre a Câmara dos Deputados e o Supremo Tribunal Federal no caso da decretação da perda do mandato eletivo federal dos condenados na Ação Penal 470/MG (“mensalão”).

Ao longo desta pesquisa, foi relatada a dificuldade de se definir “ativismo judicial”, pois se trata de um termo de múltiplas acepções na literatura jurídica e política, nacional e internacional, algumas conflitantes com outras, pelo que neste trabalho defendeu-se a adoção de perspectiva multidimensional do ativismo, pois, apesar de mais complexa, mostrou-se mais abrangente, permitindo a consideração de diversas variáveis como: a) o contexto político-social em que a decisão foi prolatada; b) o quadro jurídico-constitucional; e c) o nível de deferência do magistrado para com atos de competência dos demais Poderes, visualizando-se o impacto político de cada decisão tida como ativista e reconhecendo-se o grau de intervenção institucional do Judiciário nos demais poderes.

Sustentou-se ainda que a judicialização da política não se confunde com ativismo judicial, pois aquela expressa a possibilidade de socorrer-se ao Judiciário contra lesão ou ameaça a um direito, ao passo que o ativismo manifesta-se por diferentes posturas do Judiciário que elastece suas atribuições.

No entanto, embora seja quase que uma unanimidade entre os autores a existência de elementos distintivos entre a judicialização da política e o ativismo jurisdicional, percebeu-se que, para os fins a que se destina esta dissertação, essas filigranas distintivas perdem sua importância quando se adota uma perspectiva pluridimensional, pois, em maior ou menor grau,

⁷³ Não se fala mais em separação dos poderes, mas em separação de funções, porquanto o poder estatal seja uno e indivisível, manifestando-se através de órgãos que exercem atividades interdependentes e juridicamente reguladas, pelo que “a divisão é formal, não substancial. O poder é um só; o que se triparte em órgãos distintos é o seu exercício” (FREIDE, 2002, p. 460).

características e facetas da judicialização da política são refletidas em uma ou outra dimensão do ativismo judicial.

Assim, definiu-se o ativismo judicial como sendo uma postura de supremacia institucional do Poder Judiciário que, dentro de uma dada realidade sociopolítica e constitucional, expande seu poder político-decisório em face dos demais Poderes, manifestando-se em uma ou várias dimensões como, por exemplos: a) criação de direito novo em substituição ao Parlamento; b) implementação de políticas públicas em substituição ao Executivo; c) desconsideração de atos praticados pelos demais atores políticos, mesmo que dentro dos limites de suas respectivas competências constitucionais ou legais; e d) interpretação excessivamente ampliada de normas e princípios constitucionais, de modo a dar efetividade a programas e a princípios que teriam sido estabelecidos pelo legislador constituinte originário e negligenciado pelo ator político que deveria concretizá-los.

Em linhas gerais, o “mensalão”⁷⁴ foi um complexo esquema de distribuição de recursos públicos e privados para pagamento de propina a dezenas de parlamentares que compuseram a base aliada do ex-Presidente da República, Luís Inácio Lula da Silva, entre os anos de 2003 e 2005, a fim de que votassem a favor de projetos do governo.

No caso do “mensalão”, o quadro jurídico-constitucional amplo mostrou-se idêntico nos três cenários analisados (RE 179.502/STF/SP de relatoria do Ministro Moreira Alves, Ação Penal 470/STF/MG de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa e Ação Penal 565/STF/RO (“Perda do Mandato do Senador Ivo Cassol”) de relatoria da Ministra Cármen Lúcia), não tendo havido nenhuma alteração normativa ou processo de mudança jurisprudencial capaz de explicar objetivamente a postura do Supremo no que tange à desnecessidade de decisão da respectiva Casa Legislativa em relação à perda do mandato, quando da condenação criminal irrecorrível de parlamentar federal.

As razões trazidas nos acórdãos também afastaram a possível existência de uma novel realidade jurídica que explicasse a temporária

⁷⁴ Digno de nota que, antes mesmo que a sociedade digerisse o mensalão, já estourou o atual escândalo de corrupção na Petrobrás (midiaticamente denominado “Petrolão”), o qual, mais uma vez, sinaliza para a urgência de uma reforma política no Brasil.

alteração da posição da Corte no particular caso da Ação Penal 470/MG, estando tanto as razões a favor como as contrárias à decretação judicial da perda dos mandatos federais motivadas na forma da Constituição e da lei.

Essa conclusão confirmou o argumento teórico exposto no Capítulo 2, segundo o qual é mais acertado não confundir ativismo judicial com a correção ou com a legitimidade de decisões judiciais particulares, tendo em vista que a análise do acerto ou não de uma manifestação judicial sempre dependerá de seu intérprete, não estando, portanto, sujeita exclusivamente a critérios objetivos de interpretação.

Mostrou-se que, na questão da cassação de mandatos, não havia falar de omissão da Câmara dos Deputados no exercício dessa prerrogativa/ônus constitucional, tendo sido cassado os mandatos de dezenas de congressistas na quadra pós-Carta de 1988, a exemplo de três dos condenados no “mensalão”.

A pesquisa caminhou no sentido de que a motivação para a circunstancial alteração da jurisprudência do Supremo com a decretação da perda automática dos mandatos dos condenados no “mensalão” não estava nos votos dos Ministros, mas no singular tecido sociopolítico que circunscreveu o julgamento, marcado por um cenário de permeabilidade do Supremo ao clamor social pela efetiva condenação dos “mensaleiros”.

Em um cenário de conflito institucional entre Corte e Parlamento, com acusações de ambos os lados sobre um possível abuso de poder, o ativismo judicial nesse caso se revelou em várias dimensões, como: a) na resistência do Supremo em respeitar os limites de seu próprio poder, tendo faltado deferência em relação à competência constitucional da Câmara dos Deputados inscrita no art. 55, § 2º, da Carta magna, expandido sua jurisdição e seus poderes decisórios sobre ato, constitucionalmente, *interna corporis* do Parlamento; b) na interpretação excessivamente ampliativa de normas, notadamente dos arts. 15, III, e art. 55, VI e § 2º, da Constituição, e de princípios constitucionais, como o da moralidade, para afastar o sentido literal e imediato do texto normativo de sua estrutura e de sua conformação histórica a fim de aproxima-lo ao contexto sociopolítico singular do “mensalão”; c) na postura de soberania judicial, evidenciada na exclusão dos atores políticos do

Parlamento da construção do significado constitucional subjacente à regra constitucional segundo a qual, em se tratando de Deputado Federal e de Senador, a decretação da perda do mandato em face de condenação criminal irrecorrível dependeria da decisão/deliberação da respectiva Casa Legislativa; e d) na relutância da Corte Constitucional brasileira de submeter sua decisão de cassar os mandatos parlamentar ao crivo do Legislativo, revelando o chamado ativismo contra-majoritário.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ANSOLABEHERE, Karina. **Jueces, política y derecho: particulares y alcances de la politización de la justicia**. México: FLACSO, 2005. Disponível em: < <http://www.biblioteca.org.ar/libros/140299.pdf> >. Acesso em 5 de jan. 2015.

ARAGÃO, João Carlos Medeiros de. **Judicialização da política no Brasil: influência sobre atos *interna corporis* do Congresso Nacional**. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista Consultor Jurídico, 22 de dez. de 2008. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em: 25 set. 2013.

_____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 26 maio 2014.

BASILE, Juliano. **Para o presidente do STF, tribunal supre deficiências do Legislativo**. Valor Econômico, 09/06/2008, Política, p. A6. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/486671/noticia.htm?sequen ce=1> >. Acesso em: 1º maio 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1993.

BOSCO, Myrian Aparecida. **Levantamento dos pressupostos de elegibilidade e das hipóteses de inelegibilidade de acordo com o Direito Constitucional e o Direito Eleitoral**. Disponível em <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6941/Elegibilidade-e-inelegibilidade>>. Acesso em 18 de jan. de 2015.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais - A quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2012.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed., rev. E atual. De acordo com a Emenda Constitucional n. 66/2010. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do**

STF. São Paulo: Forense, 2014.

CANIVET, Guy. **Activisme judiciaire et prudence interpretative: introduction générale.** Archives de Philosophie du Droit, Paris, v. 50, p. 7-32, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: S. A. Fabris, 1999.

_____. **Processo, Ideologia e Sociedade.** Porto Alegre: S. A. Fabris, 2008.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional.** 15 ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. **Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem.** Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782004000200011>. Acesso em: 19 set 2014.

CARVALHO NETTO, Menelick de. **Requisitos paradigmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado democrático de direito.** Revista de Direito Comparado, Belo Horizonte, n. 3, p. 477, mai., 1999.

CASTRO, Marcos Faro de. **O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política.** Instituto de Ciência Política e Relações Internacionais Universidade de Brasília, 1996. Disponível em: <http://portal.anpocs.org/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=5342&Itemid=361>. Acesso em: 19 ago 2014.

CITTADINO, Gisele. **Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes.** In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). A democracia e os três poderes no Brasil. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002. p. 17-42.

CUNHA, José Ricardo. **A Justiça diante da lei na razão jurídica contemporânea. Equidade, razoabilidade e proporcionalidade.** In: MAIA, Antonio. Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

DIÓGENES JÚNIOR, José Eliaci Nogueira. **Gerações ou dimensões dos direitos fundamentais?.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 100, maio 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11750>. Acesso em jan. 2015.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípios.** São Paulo: Martins Fontes, 2001.

EASTERBROOK, Frank H. **Do Liberals and Conservatives Differ in Judicial Activism?.** University of Colorado Law Review. 2002. Disponível in:

<http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2135&context=journal_articles>. Acesso em: 10 jan. 2015.

FEREJOHN, John. **Judicializing Politics, Politicizing Law**. Journal of Law and Contemporary Problems, v. 65, n. 3, p. 41-69, 2002.

FERRARI, Alfonso Trujillo. **Metodologia da Ciência**. 2. ed. Rio de Janeiro: Kennedy, 1974.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

FILHO, Paulo Klautau. **A Primeira Decisão sobre Controle de Constitucionalidade: Marbury Vs. Madison (1803)**. Revista Brasileira de Direito Constitucional, N. 2, jul./dez. – 2003. Disponível em <[http://esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article /view File /50/50](http://esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/File/50/50)>. Acesso em: 06 jan. 2015.

FREIDE, Roy Reis. **Curso de ciência política e teoria geral do Estado**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

GARAPON, Antoine. **O Juiz e a Democracia: O guardião das promessas**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

Genro. Luciana. **José Dirceu merecia ser cassado**. Disponível em <<http://www.midiaindependente.org/es/red/2005/12/340202.shtml>>. Acesso em 25 fev 2015.

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e Técnicas de Pesquisa Social**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 1995.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **A História do Direito entre foices, martelos e togas: Brasil – 1935 -1965**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

GOMES, José Jairo. **Direitos Políticos**. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n. 100, p. 103-130, jan./jun. 2010. Disponível em: <http://www.pos.direito.ufmg.br/rbepdocs/100103130.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2015.

GOMES, Luiz Flávio. **O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?**. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2164, 4 jun. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12921>>. Acesso em: 23 fev. 2014.

GONÇALVES, Nicole P. S. Mader. **A jurisdição constitucional na perspectiva da democracia deliberativa**. 2009. 590 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009.

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

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **O Federalista**. In: Os

Pensadores. São Paulo: Victor Civita Editor, 1979.

HIRSCHL, Ran. ***The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide***. Fordham Law Review, New York, 2006.

JESUS, Cleverson Linhares de. MELLO, Cleyson de Moraes. **A Teoria dos Casos Difíceis no Direito – Uma Visão à Luz dos Ensinamentos de Herbert Hart e Ronald Dworkin**. Universidade Federal de Santa Catarina, 2007. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25460-25462-1-PB.pdf>>. Acesso em: 05 Jan. 2015.

KMIEC, Keenan D. ***The Origin and Current Meanings of “Judicial Activism”***. Califórnia Law Review, 2004. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol92/iss5/4/>>. Acesso em: 25 jun. 2014.

LA BRADBURY, Leonardo Cacao Santos. **Estados liberal, social e democrático de direito**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1252, 5 dez. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/9241>>. Acesso em: 11 fev. 2015.

LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou Altiwez? O Outro Lado Do Supremo Tribunal Federal**. Brasília-DF. Disponível em: <file:///C:/Users/Usu%C3%A1rio/Downloads/SaulTourinhLealmonografiamestrado.pdf>. Acesso em 1º dez. 2014.

_____. **Ativismo judicial: as experiências brasileira e sul africana no combate à AIDS**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2880, 21 maio 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19156>>. Acesso em: 15 abr. 2015.

LOURENÇO, Iolando. RICHARD, Ivan. **Julgamento do mensalão criou clima de crise da Câmara com o STF**. Disponível em <<http://www.ebc.com.br/noticias/politica/2012/12/julgamento-do-mensalao-criou-clima-de-crise-da-camara-com-o-stf>>. Acesso em 25 fev 2015.

MALDONADO, Maurílio. **Separação dos Poderes e Sistema de Freios e Contrapesos: Desenvolvimento no Estado Brasileiro**. São Paulo, 2010. Disponível em: <http://www.al.sp.gov.br/StaticFile/ilp/separacao_de_poderes.pdf>. Acesso em: 25 de maio de 2014.

Martins. Ives Gandra. **Ativismo judicial do STF**. 2012. Disponível em <<http://revistavisaojuridica.uol.com.br/advogados-leis-jurisprudencia/63/ativismo-judicial-do-stf-225388-1.asp>>. Acesso em: 30 set de 2014.

MARSHALL, William P. ***Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism***. University of Colorado Law Review, v. 73, 2002. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=330266>. Acesso em: 12 mar. 2014.

MAULAZ, Ralph Batista de. **Os paradigmas do Estado de Direito. O Estado**

Liberal, o Estado Social (socialista) e o Estado Democrático de Direito. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2628, 11 set. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17368>>. Acesso em: 4 jan. 2015.

MORAES, Alexandre de. **Condenação Criminal e Suspensão dos Direito Políticos.** 2002. Disponível em: <<file:///C:/Users/Usu%C3%A1rio/Downloads/Condenacao-Criminal-e-Suspensao-dos-Direitos-Politicos.pdf>>. Acesso em: 4 jan. 2015.

NIGRO, Rachel. **A dimensão moral da perda automática do mandato parlamentar.** 2012. Disponível em: <<http://era.org.br/2012/12/a-dimensao-moral-da-perda-automatica-do-mandato-parlamentar/>>. Acesso em: 19 set 2014.

NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. **Ativismo Judicial no Brasil: O caso da fidelidade partidária.** Revista de Informação Legislativa. 2014. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/502954/001002783.pdf?sequence=1>>. Acesso em 13 set. 2014.

OLIVEIRA, Vallisney de Souza. **Juiz Imparcial.** Revista Prática Jurídica – Consulex, n. 93, 31 de dezembro de 2009, p. 30-31. Disponível em: <<http://vallisneyoliveira.com/artigos/juiz-imparcial/>>. Acesso em 10 nov. 2014.

_____. **Explosão de Causas no Judiciário.** Revista Jurídica *Consulex*, n. 278, agosto de 2008, p. 54-55. Disponível em: <<http://vallisneyoliveira.com/artigos/explosao-de-causas-no-judiciario-2/>>. Acesso em 3 ago. 2013.

_____. **Delegação de Atos no Poder Judiciário Democrático.** Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Brasília, n. 5, ano 20, maio de 2008, p. 57-58. Disponível em: <<http://vallisneyoliveira.com/artigos/delegacao-de-atos-no-poder-judiciario-democratico-2/>>. Acesso em 9 set. 2013.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **O Judiciário e a opinião pública: riscos e dificuldades de decidir sob aplausos e vaias.** Revista Estado de Direito. 2012. Disponível em: <<http://estadodedireitos.com/tag/judiciario-transparencia/>>. Acesso em: 28 fev. 2015.

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução.** Lisboa: Coimbra Editora Limitada, 1989.

PINTO, Cristiano Paixão Araújo. **Arqueologia de uma distinção: o público e o privado na experiência histórica do direito.** O novo direito administrativo brasileiro: o Estado, as agências e o terceiro setor. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

RABELO, Cesar Leandro de Almeida. **O ativismo judicial e sua incompatibilidade com o estado democrático de direito.** Universidade

FUMEC. 2012.

RODRIGUES, Bia. **Relembre o que é o mensalão, veja os envolvidos e o que pode acontecer**. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/infograficos/2012/07/30/o-escandalo-do-mensalao.htm#entenda-o-caso>>. 8 de fev. 2014.

SCHLESINGER JR., Arthur M. **The Supreme Court: 1947**. *Fortune*, v. 35, n. 73, jan. 1947.

SCHWARTZ, Bernard. **Direito Constitucional americano**. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Breve História do Controle de Constitucionalidade**. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=ea10bf6f-babb-4f4e-8695-704a09b786e3&groupId=10136>. Acesso em: 15 jan. 2015.

SOARES, Márcia Miranda. **Federação, Democracia e Instituições Políticas**. São Paulo: Lua Nova. 1998.

SOARES, José de Ribamar Barreiros. **Ativismo Judicial no Brasil: O Supremo Tribunal Federal como arena de deliberação política**. Rio de Janeiro: UERJ, 2010.

TATE, Chester Neal; VALLINDER, Torborn. **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995.

TAVARES, André Ramos. **O discurso dos direitos fundamentais na legitimidade e deslegitimação de uma Justiça Constitucional substantiva**. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 2, p. 9-28, abr./jun. 2007.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do processo civil e processo de conhecimento**, ed. 50, Rio de Janeiro: Forense, 2009.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (Coord.). **Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. Laboratório de Análise de Jurisprudência do STF. Curitiba: Editora Juruá, 2009.

_____. **Diálogo Institucionais e Ativismo**. Laboratório de Análise de Jurisprudência do STF. Curitiba: Editora Juruá, 2010.

VIEIRA, José Ribas. **Verso e Reverso: A Judicialização da Política e o Ativismo Judicial no Brasil**. *Revista Estação Científica*, 2009. Disponível em: <<http://portal.estacio.br/media/2654368/artigo%203%20revisado.pdf>>. Acesso em: 08 fev. 2014.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. *Rev. direito GV* vol.4 no.2 São Paulo

July/Dec. 2008. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322008000200005>. Acesso em 15 jan. 2015.

WALDRON, Jeremy. **A Dignidade da Legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

YEPES, Rodrigo Uprimny. **A judicialização da política na Colômbia: casos, potencialidades e riscos, 2007**. Disponível in: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452007000100004>.

YOUNG, Ernest A. **Judicial Activism and Conservative Politics**. University of Colorado Law Review 1139-1216 (2002). Disponível em: <http://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/187>. Acesso em: 15 jan. 2015.

YUNG, Corey Rayburn. **Flexing Judicial Muscle: An Empirical Study Of Judicial Activism in the Federal Courts**. Northwestern University Law Review, 2011. Disponível em: <<http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1180&context=nulr>>. Acesso em: 28 jan. 2015.

ZAGRBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil**. Madrid: Editorial Trota, 2005.