

**UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
COORDENAÇÃO GERAL DE PÓS-GRADUAÇÃO
PRÓ-REITORIA ACADÊMICA
MESTRADO EM DIREITO**

Juliana de Brito Giovanetti Pontes

Autocontenção no Judiciário brasileiro:
fatores que possibilitam a ocorrência do fenômeno em sede de arguição de
descumprimento de preceito fundamental

RECIFE

2013

Juliana de Brito Giovanetti Pontes

Autocontenção no Judiciário brasileiro:

fatores que possibilitam a ocorrência do fenômeno em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental

Dissertação submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP, área de concentração Jurisdição Constitucional e Direitos Humanos, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. João Paulo Fernandes de Souza Allain Teixeira

RECIFE

2013

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO

Autocontenção no Judiciário brasileiro:

fatores que possibilitam a ocorrência do fenômeno em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental

Dissertação submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP, área de concentração Jurisdição Constitucional e Direitos Humanos, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

DEFESA PÚBLICA em

Recife, 11 de Dezembro de 2013.

BANCA EXAMINADORA:

Presidente: Orientador: Prof. Dr. João Paulo Fernandes de Souza Allain Teixeira
(UNICAP)

1º Examinador - Interno: Prof^ª. Dr^ª. Flávia Danielle Santiago Lima (UNICAP)

2º Examinador - Externo: Prof^ª. Dr^ª. Raquel Fabiana Lopes Sparemberger (FURG)

RECIFE

2013

Dedico aos meus queridos pais Helder e Ângela e ao meu amado irmão Rafael, que sempre me incentivaram com suas palavras e exemplos que fazem parte de minha vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, Helder e Ângela por me apoiarem, acompanhando cada passo de minha existência, priorizando o conhecimento e transmitindo suas lições de vida.

Ao meu irmão tão amado, Rafael, por tudo! Meu orgulho e exemplo de dedicação, com quem compartilho tantos momentos especiais.

Agradeço ao meu orientador, João Paulo Allain Teixeira, por seus ensinamentos e apoio durante a realização da presente dissertação; pela oportunidade de vivenciar essa experiência que foi fundamental para meu crescimento acadêmico.

Ao meu eterno orientador, Professor José Mário Wanderley Gomes Neto, por ter contribuído na minha formação, estimulando o desenvolvimento ao estudo do tema desde o período da graduação, com seu incentivo constante e me inspirando a seguir a carreira acadêmica.

À prima e Professora Fernanda Fonseca Rosenblatt, pelo incentivo, exemplo de dedicação e disponibilidade em me auxiliar, mesmo encontrando-se longe, na Inglaterra, em virtude da realização de seu Doutorado.

Ao Professor Roberto Campos Gouveia Filho, pela confiança e por sua disposição em transmitir-me toda a sua experiência e conhecimentos acadêmicos.

Quero também agradecer aos Professores da UNICAP, Gustavo Ferreira Santos, Virgínia Colares, Alessandra Perez Gomes, José Soares Filho, Isabel Guimarães da Câmara Lima, Maura Gomes de Souza, Pe. Francisco Caetano Pereira, Maria de Fátima Falcão.

À colega de mestrado, Alessandra Cabral, que recebeu-me de braços abertos, sempre disponível a compartilhar suas experiências.

Agradeço à Universidade Católica de Pernambuco e à CAPES – Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – pelo apoio concedido durante a realização do Mestrado em Direito, através do Programa PROSUP – Programa de Suporte à Pós-Graduação de Instituições de Ensino Particulares.

RESUMO

O controle de constitucionalidade visa manter a unidade da ordem jurídica e as estruturas que constituem o Estado. Quando o equilíbrio do sistema jurídico sofre alterações, é através do uso do controle constitucional que são originados meios de correção para esse desequilíbrio ao compatibilizar-se a lei ou o ato normativo infraconstitucional e a Constituição. A partir da Carta Constitucional de 1988, a arguição de descumprimento de preceito fundamental caracterizou um avanço no controle de constitucionalidade brasileiro. Instituto único no mundo, é capaz de impedir atos de ameaça ou violação a preceito fundamental, decorrentes do Poder Público. Constitui meio de controle de constitucionalidade concentrado, sendo de competência originária e exclusiva do Supremo Tribunal Federal. Por estarem inseridas no contexto da judicialização da política e do ativismo judicial, presentes no julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade, quando comparadas às demais formas de controle constitucional concentrado, é possível verificar um reduzido quantitativo das arguições efetivamente julgadas, podendo resultar em prejuízos à concretização dos preceitos fundamentais. Observa-se que, em decorrência do baixo índice de processos decisórios nas ADPFs, as mesmas nem sempre têm sido reconhecidas como meio apto para solucionar descumprimentos aos mandamentos constitucionais, o que provoca o esvaziamento de sua importância no controle de constitucionalidade concentrado. Devido à referida situação, no presente trabalho procura-se analisar a existência de autocontenção judicial e quais fatores têm contribuído para a prática desse fenômeno pelo Supremo Tribunal Federal em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental. Para tanto, através da análise quantitativa e qualitativa, buscou-se compreender a seletividade negativa e positiva no julgamento das arguições de descumprimento realizada pelo Supremo Tribunal Federal, a partir da análise das ações que não sofreram julgamento do mérito e daquelas que tiveram o mérito analisado. Também foi analisado o comportamento dos Ministros do Supremo Tribunal Federal com relação ao requisito da subsidiariedade e o respeito à Lei 9.882/99, que regulamenta as arguições de descumprimento. A pesquisa compreendeu revisão de literatura das referências doutrinárias e jurisprudenciais relativas aos principais conceitos e teorias que integram esta dissertação, constituindo também uma pesquisa de caráter exploratório e descritivo, seguida do acompanhamento processual da totalidade das ADPFs, através do sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, incluindo as arguições propostas no período de dezembro de 1999 a julho de 2013, por meio da elaboração de planilha para o acompanhamento de variáveis relacionadas às arguições de descumprimento e investigação das hipóteses da pesquisa.

Palavras-chave: Autocontenção judicial. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Seletividade. Subsidiariedade. Superposição entre poderes estatais.

ABSTRACT

The constitutionality control aims to maintain the unity of the legal system and the structures that constitute the state. When the balance of the legal system is altered, is through the use of constitutional control that are sourced means of correcting for this imbalance to harmonize the infraconstitucional law or normative act and the Constitution. From the 1988 Constitution, the *arguição de descumprimento de preceito fundamental* marked an advance in the Brazilian control of constitutionality. Institute unique in the world, is able to prevent acts of threat or breach of fundamental precept deriving from the Government. Is a means of concentrated constitutionality control, being exclusive and original jurisdiction of the Brazilian Supreme Court. By being inserted in the context of the judicialization of politics and judicial activism, in the judgment of the *ações diretas de inconstitucionalidade*, as compared to other forms of concentrated constitutionality control, is possible to check a small quantitative of pleas effectively judged and may result in losses to the achievement of the fundamental precepts. It is observed that as a result of the low level of decision-making processes in ADPFs, they have not always been recognized as a suitable means to resolve breaches the constitutional commandments, which causes the emptying of its importance in the concentrated constitutionality control. Due to this situation, this work seeks to analyze the existence of judicial self-restraint and what the factors have contributed to the practice of this phenomenon by the Brazilian Supreme Court in place of invoking a *arguição de descumprimento de preceito fundamental*. Therefore, through quantitative and qualitative analysis, we sought to understand the positive and negative selectivity in the judgment of pleas of breach made by the Supreme Court based on the analysis of the actions that have not been judged on the merits and the merits of those who had examined. It also was analyzed the behavior of Justices of the Supreme Court with regard to the requirement of subsidiarity and respect the Law 9.882/99, which regulates the ADPFs. The research included a literature review of doctrinal and jurisprudential references concerning the main concepts and theories that integrate this dissertation, also constituting a search for exploratory and descriptive, then monitoring the procedure of all ADPFs through electronic website of the Brazilian Supreme Court, proposals including the pleas in the period from December 1999 to July 2013, through the development of worksheet to the accompaniment of variables related of the complaints of breach and investigation of research hypotheses.

Keywords: Judicial self-restraint. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental*. Selectivity. Subsidiarity. Superposition between the state branches.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Tabela nº 1 – Arguições de descumprimento inexistentes	16
Gráfico nº 1 – Resultado das ADPFs propostas	97
Gráfico nº 2 – Resultado das liminares nas ADPFs	100
Gráfico nº 3 – ADPFs por assuntos	102
Gráfico nº 4 - Legitimados passivos (Requeridos – Poderes)	104
Gráfico nº 5 – Requerentes nas ADPFs	107
Gráfico nº 6 – Origem do ato violador	108
Gráfico nº 7 – Resultado das ADPFs julgadas no mérito	111
Gráfico nº 8 - Requerentes nas ADPFs julgadas no mérito	113
Gráfico nº 9 - ADPFs efetivamente julgadas – assuntos	114
Gráfico nº 10 - Legitimados passivos (Requeridos – Poderes)	116
Gráfico nº 11 – Origem do ato violador	117
Gráfico nº 12 - Resultado das ADPFs com requisito da subsidiariedade	123
Gráfico nº 13 - ADPFs efetivamente julgadas pelos Ministros do Supremo Tribunal.....	127
Gráfico nº 14 - ADPFs não julgadas pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal.....	128
Gráfico nº 15 - ADPFs efetivamente julgadas por ano	128
Gráfico nº 16 - ADPFs efetivamente julgadas pelos Ministros Relatores (triênio 2010, 2011 e 2012)	131

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. – Artigo

Arts. – Artigos

ADCT – Atos das Disposições Constitucionais Transitórias

ADPF – Arguição de descumprimento de preceito fundamental

ADC – Ação declaratória de constitucionalidade

ADIN – Ação direta de inconstitucionalidade

ADO – Ação direta de inconstitucionalidade por omissão

CF/88 – Constituição Federal de 1988

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
CAPÍTULO 1 - JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DESENVOLVIMENTO DOS SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: MODELO NORTE-AMERICANO, AUSTRÍACO E BRASILEIRO	19
1.1 A superação do Estado Moderno e advento do Estado Liberal como elementos favoráveis ao constitucionalismo	19
1.2 Jurisdição Constitucional e expansão do Poder Judiciário através da prática do controle de constitucionalidade	30
1.3 Modelo norte-americano e modelo austríaco de controle constitucional	37
1.4 O controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro	43
CAPÍTULO 2 - O CONTEXTO DO ATIVISMO JUDICIAL E DA JUDICIALIZAÇÃO DAS QUESTÕES POLÍTICAS NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO	49
2.1 O constitucionalismo da efetividade e a crise da pós-modernidade no Estado Democrático de Direito	49
2.2 Judicialização da política e ativismo judicial: caracterização e distinções	53
2.3 Interação entre direito e política na efetivação dos mandamentos constitucionais	69
CAPÍTULO 3 - AS ARGUIÇÕES DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL E O FENÔMENO DA AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL	76
3.1 Caracterização do instituto das ADPFs	76
3.2 Autocontenção judicial: concepção norte-americana e brasileira	85
3.3 Ocorrência de autocontenção judicial nas ADPFs	95
CAPÍTULO 4 - AS ARGUIÇÕES DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL E AS ESPECIFICIDADES NO SEU JULGAMENTO	110
4.1 Seletividade positiva nas ADPFs	110
4.2 O poder dos Ministros ao proferirem decisões em sede de ADPF	121
4.3 Causas de mudanças no quadro de julgamento das ADPFs	128
CONCLUSÕES	133
REFERÊNCIAS	144

INTRODUÇÃO

O fenômeno constitucionalista favoreceu significativas modificações no âmbito social, jurídico e político em muitos países após a Segunda Guerra Mundial, compreendendo desde a criação de formas de interpretação jurídica, como a interpretação de princípios, a jurisprudência de valores, a técnica da ponderação, até novas ações disponíveis para a proteção de direitos.

As alterações em alguns sistemas normativos europeus originaram institutos que seriam utilizados, sobretudo, pelas jurisdições de Estados na Europa continental e América-Latina. Muitas das mudanças ocorridas no âmbito dos poderes estatais foram proporcionadas pelas Constituições escritas, que inauguraram uma nova fase de atuação do Poder Judiciário.

A partir de ordens jurídicas baseadas na efetividade constitucional e proteção a direitos fundamentais, novos mecanismos de compatibilização da Norma Superior com as normas infraconstitucionais foram criados, destacando-se no Brasil a arguição por descumprimento a preceito fundamental, que consiste no instrumento processual-constitucional capaz de impedir atos de ameaça ou violação a preceito fundamental, decorrentes do Poder Público.

Desse modo, com o advento do controle de constitucionalidade, os juízes passaram efetivamente a submeter as leis a serem aplicadas ao caso concreto e assim, tornou-se ineficiente uma atuação do Judiciário meramente reveladora do sentido das normas em abstrato e sua aplicação ao caso específico.

O controle de constitucionalidade tem por função manter a unidade da ordem jurídica e as estruturas que constituem o Estado. Quando o equilíbrio do sistema jurídico sofre alterações, o controle de constitucionalidade origina meios de correção para esse desequilíbrio ao compatibilizar a lei ou o ato normativo infraconstitucional e a Constituição. No Brasil, o sistema de controle exercido pelo Judiciário, denominado misto, prevê que a revisão judicial seja exercida tanto sob o âmbito difuso, quanto pelo concentrado.

A arguição de descumprimento de preceito fundamental é um avanço no controle de constitucionalidade brasileiro. Instituto único no mundo, é capaz de impedir atos de ameaça ou violação a preceito fundamental, decorrentes do Poder Público. Constitui meio de controle de constitucionalidade concentrado, sendo de competência

originária e exclusiva do Supremo Tribunal Federal - órgão de cúpula do Judiciário realiza a compatibilização das normas para com a Lei Maior.

Esse instrumento proporciona efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Público e eficácia *erga omnes*, alcançando a todos os interessados na reparação ao preceito fundamental que sofreu a violação. A partir da emenda constitucional nº 3/93 – que inseriu o § 1º do art. 102 na Constituição Federal – e com o julgamento da ADPF nº 33, as arguições de descumprimento ganharam a forma que têm atualmente.

A importância da arguição de descumprimento deve-se ao fato de a mesma permitir a antecipação de decisões sobre controvérsias de teor constitucional relevante, impedindo que a solução venha a ser dada após muitos anos, quando muitas das situações questionadas já sofreram consolidação devido ao lapso temporal. Outro importante aspecto é o relativo à proteção das diretrizes básicas de consolidação do Estado Democrático de Direito da República Federativa do Brasil, como a tripartição de poderes, o federalismo e os direitos e garantias fundamentais, estabelecidos pela Constituição Federal de 1988.

Por estarem inseridas no contexto da judicialização da política e do ativismo judicial, presentes no julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade, quando comparadas às demais formas de controle constitucional concentrado, é possível verificar um reduzido quantitativo das arguições efetivamente julgadas, podendo resultar em prejuízos à concretização dos preceitos fundamentais.

Observa-se que, em decorrência do baixo índice de processos decisórios nas ADPFs, as mesmas nem sempre têm sido reconhecidas como meio apto para solucionar descumprimentos aos mandamentos constitucionais: por apresentarem reduzida utilização, poucos são os estudos realizados acerca desse instituto, acarretando o esvaziamento de sua importância no controle de constitucionalidade concentrado.

Devido à referida situação, no presente trabalho procura-se analisar a existência de autocontenção judicial e quais fatores têm contribuído para a prática desse fenômeno pelo Supremo Tribunal Federal em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental. Para tanto, buscou-se compreender a seletividade negativa e positiva no processo decisório das arguições de descumprimento realizada pelo Supremo Tribunal Federal, a partir da análise das ações que não sofreram julgamento do mérito e daquelas que tiveram o mérito analisado. Também foi analisado o comportamento dos Ministros do Supremo Tribunal Federal com relação ao requisito da subsidiariedade e o respeito à Lei 9.882/99, que regulamenta as arguições de descumprimento.

Esta pesquisa pretende traçar o perfil empírico do funcionamento do controle de constitucionalidade através das arguições de descumprimento de preceito fundamental (ADPFs), bem como analisar a ocorrência da autocontenção judicial nas referidas ações do controle concentrado, ressaltando a importância das mesmas para a proteção dos preceitos fundamentais.

A pesquisa consiste na atividade das ciências para sua indagação e descoberta da realidade, caracterizada por uma atitude e prática teórica de constante busca que define um processo intrinsecamente inacabado e permanente. É um meio de aproximação sucessiva da realidade que nunca se esgota, o que permite uma combinação particular entre teoria e dados (MINAYO, 1993, p.23).

Portanto, tem-se como justificativa da presente pesquisa o fato de, diante do contexto da judicialização das questões políticas e do ativismo judicial presentes na jurisdição constitucional brasileira, quais elementos estariam provocando a prática de autocontenção pelo Supremo nas arguições por descumprimento de preceito fundamental?

Assim, o objetivo geral da pesquisa caracterizou-se pela averiguação da ocorrência de autocontenção judicial nas arguições de descumprimento de preceito fundamental, analisando quais elementos contribuem para a prática desse fenômeno pelo Supremo Tribunal Federal por meio do acompanhamento processual das ADPFs.

Constituíram objeto da análise todas as arguições de descumprimento de preceito fundamental propostas no Supremo Tribunal Federal compreendidas no período de dezembro de 1999 – data da publicação da Lei 9.882/99, que regulamenta o instituto da ADPF - a julho de 2013.

Na primeira etapa da pesquisa, foi realizada a revisão de literatura das referências doutrinárias e jurisprudenciais relativas aos principais conceitos e teorias que integram esta pesquisa, constituindo uma pesquisa de caráter exploratório e descritivo, com o objetivo especificar os estudos acerca da temática da arguição de descumprimento de preceito fundamental e da ocorrência da autocontenção judicial no ordenamento jurídico brasileiro, apresentando seus conceitos, definições e o modo como vem sendo realizado o julgamento das ADPFs pelo Supremo tribunal Federal, único órgão responsável pelo processamento dessas ações.

Destaca-se, quanto às referências utilizadas nessa pesquisa, que grande parte das fontes nacionais consultadas apresentou um quadro de autocentrismo, remetendo constantemente aos mesmos autores da literatura jurídica, sem expor inovações quanto

aos temas pesquisados. Por isso, preferimos utilizar fontes primárias, ainda que menos numerosas, em oposição à utilização de fontes secundárias que apenas remetiam ao conteúdo das obras já consultadas.

Também em relação ao tema da autocontenção judicial, verificou-se que na literatura jurídica brasileira não há fontes suficientes para o estudo do fenômeno, inclusive, conforme concepção nacional, esta prática difere do que originariamente ocorre na ordem jurídica norte-americana, origem da *judicial self-restraint*. Por isso, a necessidade da utilização da literatura internacional para o adequado estudo do fenômeno e identificação dos critérios que indicam a ocorrência da autocontenção judicial.

Através do sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, realizando-se uma pesquisa quantitativa e qualitativa, houve o acompanhamento processual da totalidade das ADPFs, incluindo as arguições propostas no período de dezembro de 1999 a julho de 2013, por meio da elaboração de planilha – utilizando o aplicativo Microsoft Excel, versão 2010 - para o acompanhamento de variáveis (especificadas a seguir) relacionadas às arguições de descumprimento; desse modo, realizou-se a distribuição de frequências das variáveis, construindo-se uma planilha na qual cada valor foi associado à sua frequência de aparecimento no conjunto dos dados, o que permitiu a utilização de filtros no Microsoft Excel para a o estudo das arguições.

Atualmente encontra-se proposto no Supremo Tribunal Federal o quantitativo de duzentas e setenta e cinco arguições: a partir desse quantitativo, os critérios utilizados para a referida análise compreenderam o estudo das ADPFs tendo por critério fundamental de classificação o resultado do julgamento; houve a divisão em dois grupos, o primeiro compreendendo as arguições que sofreram seletividade positiva, englobando as ações que foram selecionadas pelo STF para terem seu mérito analisado e o segundo, referente às arguições que passaram pela seletividade negativa, compreendendo aquelas que não sofreram análise em seu mérito.

Na fase posterior à elaboração da planilha, ocorreu a análise dos dados através da construção de gráficos – tanto gráfico de barras, quanto em modelo pizza -, utilizando-se critérios de soma, percentuais e médias referentes às variáveis estabelecidas pela pesquisadora.

Como hipóteses da pesquisa, foi investigado se o quantitativo de ADPFs julgadas em relação ao número total de arguições propostas no período de 1993 a 2013 é reduzido, então, constata-se a prática autocontenção judicial nas ADPFs pelo Supremo

Tribunal Federal; poucas ADPFs passam pela seletividade positiva e têm seu mérito analisado; mesmo presente o requisito da subsidiariedade nas arguições, os Ministros não proferem julgamento, deixando de observar a lei 9.882/99 e por fim, as mudanças no quadro de julgamentos das ADPFs ocorrem devido ao comportamento autocontido e seletivo dos Ministros Relatores quando decidem essas ações, também em decorrência dos assuntos e dos requerentes que figuraram nas arguições de descumprimento.

As variáveis foram determinadas de modo a serem alcançados os objetivos específicos da pesquisa: a) relacionar a ocorrência da propositura da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) com o seu efetivo julgamento pelo Supremo Tribunal Federal; b) analisar o poder dos Ministros ao proferirem decisões em sede de ADPF, a fim de verificar os motivos pelos quais as arguições não são julgadas; c) estudar a forma pela qual o requisito da subsidiariedade tem sido utilizado para fundamentar a análise de mérito nas ADPFs e d) Verificar as causas de mudanças no quadro de julgamento das ADPFs, observando os requerentes, os assuntos e o comportamento dos Ministros Relatores ao decidirem as arguições.

As arguições que passaram pela seletividade positiva do STF, também denominadas efetivamente julgadas, foram subdivididas em quatro espécies, quais sejam: procedente, procedente em parte, improcedente e concedida liminar. A importância do estudo dessas arguições justifica-se pelo fato de o julgamento favorável ao prosseguimento das ADPFs ser capaz de assegurar a proteção aos preceitos fundamentais conforme previsto na Lei nº 9.882/99 (Lei que regulamenta a ADPF), produzindo modificações no âmbito social, político e jurídico.

Já o grupo das que não sofreram julgamento do mérito, compreende as arguições que apresentam os status de aguardando julgamento, prejudicada, não conhecida, negada seguimento, recebida como ação direta de constitucionalidade e arguição extinta. Para cada uma das referidas subespécies, foi atribuído um valor para que as arguições pudessem ser enquadradas em cada uma das variáveis estabelecidas e em seguida, terem suas frequências analisadas.

A partir da divisão das ADPFs nos dois grupos supracitados, atribuiu-se às mesmas, variáveis referentes ao tipo do ato violador do preceito fundamental/origem do ato público questionado, poderes requeridos, unidade federativa de origem da ação, requerente, assunto envolvido nas arguições, presença de pedido liminar, resultado das liminares, existência do requisito da subsidiariedade e resultado das ADPFs. Além das variáveis, foram analisadas as datas de distribuição das arguições, os Ministros

Relatores das respectivas ações e o ano de julgamento das ADPFs. Assim, foram realizadas avaliações na associação estatística entre as variáveis (coocorrência, vez que constituem variáveis nominais) distribuição de frequências, avaliações de médias e de percentuais.

O exame de cada uma das variáveis constituiu a primeira etapa da elaboração estatística dos dados, qual seja, a análise unvariada, onde as variáveis foram consideradas uma a uma. Desse modo, a análise das ADPFs apresentou variáveis de natureza nominal a serem observadas: tipo do ato violador do preceito fundamental/origem do ato público questionado (Federal, Estadual ou Municipal), poderes requeridos (legitimados passivos), unidade federativa de origem da ação, requerente (legitimado ativo), assuntos envolvidos, existência de pedido de liminar, resultado da liminar, requisito da subsidiariedade e resultado da arguição. Para cada variável foi atribuída uma categorização conforme codificação estabelecida em legenda caracterizada por ser uma planilha que apresenta dados existentes nos processos sob análise.

Importante destacar que a busca eletrônica (booleana) realizada no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal apresentou a propositura de 282 arguições no lapso temporal sob análise, no entanto, essa informação não é idêntica aos dados manuais apresentados nessa pesquisa. Esse diferencial de valores explica-se devido à circunstância de, no momento da verificação realizada pela pesquisadora, 7 (sete) das arguições constantes no STF terem resultado de autuações incorretas no sistema informatizado, segundo comunicação enviada pelo setor de informações processuais do STF. A tabela abaixo elenca os processos inexistentes (tabela 1):

Tabela 01: arguições de descumprimento inexistentes

NÚMERO DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO	MOTIVO DA INEXISTÊNCIA
ADPF 115	Autuação incorreta
ADPF 213	Autuação incorreta
ADPF 230	Autuação incorreta
ADPF 231	Autuação incorreta

ADPF 232	Autuação incorreta
ADPF 267	Autuada como Agravo Regimental
ADPF 268	Autuada como Agravo Regimental

Fonte: elaboração própria, a partir de dados colhidos no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal.

Desse modo, excluindo-se as 7 (sete) arguições inexistentes, o estudo foi realizado com base nas 275 arguições propostas, a partir das quais avaliaram-se os elementos acima mencionados. Por fim, realizou-se avaliação quantitativa do total das arguições catalogadas (275 ações) e análise qualitativa das arguições efetivamente julgadas (20 ADPFs) e das não julgadas no mérito (251 ADPFs), de modo a confirmar ou afastar as hipóteses que foram estabelecidas nesse estudo.

Os resultados obtidos a partir da pesquisa serão importantes para entes públicos e privados que desenvolvam projetos relacionados às instituições judiciárias, bem como aos dirigentes e membros do Poder Judiciário e à comunidade acadêmica em geral.

No primeiro capítulo será analisada a Jurisdição Constitucional e o desenvolvimento dos sistemas de controle de constitucionalidade. Primeiramente, será objeto do capítulo as modificações operadas nos ordenamentos jurídicos pós Segunda Guerra Mundial, surgidos a partir da superação do Estado Moderno e do advento do Estado Liberal, bem como a expansão do Poder Judiciário através do exercício do controle de constitucionalidade. Em seguida, serão apresentados e comparados os modelos de controle constitucional norte-americano, austríaco e brasileiro, possibilitando a compreensão das especificidades do nosso controle de constitucionalidade concentrado.

O segundo capítulo compreende o contexto do ativismo judicial e da judicialização das questões políticas no Judiciário brasileiro, demonstrando como através do constitucionalismo da efetividade e da crise pós-moderna no Estado Democrático de Direito foi favorecida a prática da judicialização das questões políticas e do ativismo judicial nas novas ordens jurídicas. Com isso, a judicialização e o ativismo judicial foram estudados para possibilitar a distinção entre esses fenômenos e relacioná-los à autocontenção. Por fim, neste capítulo, foi destacada a interação entre direito e política na efetivação dos mandamentos constitucionais como aspecto que

possibilitou a ocorrência dos fenômenos caracterizadores da expansão do Poder Judiciário.

No terceiro capítulo, inicia-se a análise dos dados referentes ao julgamento das arguições de descumprimento de preceito fundamental, com o objetivo de confirmar a prática de autocontenção nas ADPFs por parte do Supremo Tribunal Federal. Para tanto, foi realizada a caracterização do instituto das ADPFs, visando à compreensão das suas especificidades.

Em seguida, foi trazida a questão da autocontenção judicial, com a distinção entre a concepção norte-americana e brasileira, a partir das qual foi possível verificar qual das definições de autolimitação do Judiciário deveria ser utilizada para a identificação do fenômeno no ordenamento pátrio.

No quarto capítulo, foram analisadas as ADPFs e as especificidades presentes em seu julgamento. A seletividade positiva – julgamento do mérito das arguições – também observou a existência de padrões envolvendo as variáveis referidas na avaliação do quantitativo total das ações. Assim, o poder dos Ministros ao proferirem decisões em sede de ADPF foi estudado com o objetivo de averiguar de que forma suas opiniões morais e políticas são capazes de alterar o resultado final das decisões em ADPF. Por fim, foram analisadas demais causas de mudanças no quadro de julgamento das arguições, que não exclusivamente o comportamento dos Ministros do STF, como por exemplo, assuntos objeto das ações, requerentes, poderes tidos como violadores dos preceitos fundamentais.

Por conseguinte, nesse contexto de expansão do Poder Judiciário, de interação entre direito e política, de ativismo e judicialização, torna-se imprescindível a verificação de quais elementos têm contribuído para o reduzido número de julgamentos das arguições de descumprimento de preceito fundamental, posto que constituem importante mecanismo de proteção aos preceitos fundamentais e estão compreendidas no mesmo plano jurídico das decisões das ações diretas de inconstitucionalidade, estas, por sua vez, apresentando características marcantes de judicialização e ativismo em seu processo decisório.

Espera-se, com a realização desta pesquisa, contribuir dentro do seu âmbito específico para a compreensão das relações estratégicas entre os Poderes constituídos do Estado brasileiro e ampliar os conhecimentos sobre os efeitos concretos do controle de constitucionalidade decorrentes da utilização das arguições de descumprimento de preceito fundamental.

CAPÍTULO 1 - JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DESENVOLVIMENTO DOS SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: MODELO NORTE-AMERICANO, AUSTRIACO E BRASILEIRO

1.1 A superação do Estado Moderno e advento do Estado Liberal como elementos favoráveis ao constitucionalismo

O fenômeno constitucionalista possibilitou significativas modificações no âmbito social, jurídico e político em muitos países após a Segunda Guerra Mundial (1939-1945), compreendendo desde a criação de formas de interpretação jurídica, como a interpretação de princípios, a jurisprudência de valores, a técnica da ponderação, até novas ações disponíveis para a proteção de direitos.

Dentre outros fatores, o rompimento com a teoria do positivismo, em sua forma clássica – não significando, contudo, sua extinção - foi possibilitado pelo advento do neoconstitucionalismo, marco da expansão do Judiciário, ao qual foi atribuída maior importância a partir do momento em que o ordenamento constitucional, bem como as interpretações que foram sendo feitas em relação ao mesmo, permitiram o julgamento de questões de grande relevância social, destacando-se a função dos magistrados e das cortes constitucionais. Assim, tornou-se um Poder expressivo e com grande relevância ao receber a prerrogativa para decidir tais questões.

Com o decorrer dessas transformações nas ordens jurídicas, novos mecanismos de compatibilização da Norma Superior com as normas infraconstitucionais foram criados, destacando-se no Brasil a arguição por descumprimento a preceito fundamental (ADPF), que consiste no instrumento processual-constitucional capaz de impedir atos de ameaça ou violação a preceito fundamental, decorrentes do Poder Público.

Por estarem inseridas no contexto da judicialização da política e do ativismo judicial, presentes no julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade, quando comparadas às demais formas de controle constitucional concentrado, é possível verificar um reduzido quantitativo das arguições efetivamente julgadas, podendo resultar em prejuízos à concretização dos preceitos fundamentais.

Devido à referida situação, no presente trabalho procura-se analisar a existência de autocontenção judicial e quais fatores têm contribuído para a prática desse fenômeno

pelo Supremo Tribunal Federal em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental. Para tanto, torna-se importante analisar a evolução da atuação do Judiciário e a forma como tem ocorrido o processo decisório nas ADPFs, pois desse modo, será possível a identificar os elementos que atribuíram maiores poderes de julgamento aos magistrados.

Assim, o advento do constitucionalismo permitiu que diversas modificações fossem operadas no âmbito econômico, social, jurídico e no modo de estruturação do aparelho estatal, fazendo com que ao longo dos séculos, as modificações de alguns sistemas normativos Europeus originassem institutos que seriam utilizados, sobretudo, pelas jurisdições de Estados na Europa continental e América-Latina. Muitas das alterações ocorridas no âmbito dos poderes estatais foram proporcionadas pelas Constituições escritas, que inauguraram uma nova fase de atuação do Poder Judiciário.

Vários fatores determinaram o advento das Constituições, destacando-se o declínio das concepções que buscavam fundamentar o direito: o jusnaturalismo e o positivismo jurídico; o jusnaturalismo, afirmando a superioridade dos indivíduos, lhes atribuía direitos de caráter natural e inalienável, protegidos pelo Estado; o positivismo clássico defendendo a aplicação do método indutivo ao direito, vez que sofreu forte influência do positivismo filosófico do mesmo século XVIII, quando o método experimental foi largamente empregado nas ciências naturais. Assim, novas ideias referentes à legitimação do poder surgiram e resultaram em revoluções.

Consequentemente, a sociedade passa a rejeitar o absolutismo dos monarcas, ganhando repercussão os movimentos que defendiam as limitações aos poderes dos governantes. A influência do Iluminismo levaria ao extremo o emprego da Razão nas diversas áreas do conhecimento, refletindo-se também nas relações políticas por meio da exigência da racionalização do poder.

Como ponto de partida dessas alterações, o exercício do poder pelos soberanos ou representantes eleitos pela sociedade acompanhou a evolução do próprio Estado, juntamente com os respectivos sistemas de governo. Os sistemas jurídicos também refletiram estes aspectos, ora conferindo maior normatividade a certos direitos, ora reduzindo-lhes o âmbito de proteção. Foi no Estado Moderno que essas inovações surgiram, permitindo a realização das práticas constitucionalistas durante a fase do Estado Liberal.

Assim, o Estado Moderno teve origem no processo de mudanças socioeconômicas operadas a partir da decadência do sistema feudal e a ascensão do

capitalismo, tendo o modo de vida urbano favorecido o surgimento da classe social burguesa. O poder local e disperso, comum na Idade Média, tornou-se concentrado na figura do soberano, o qual detinha todas as funções necessárias à manutenção do aparelho estatal, unificando politicamente o reino. Assim, “o Estado Moderno aparece como ordem política soberana e com perfil histórico específico” (SALDANHA, 2010, p.40).

A prática do mercantilismo significou a união entre política e economia no Estado Absoluto, que passou a manter o controle sobre essa atividade. Foi considerado o estágio inicial do capitalismo, ocasionando a expansão imperialista pela busca de territórios de consumo nos demais continentes.

No tocante aos aspectos jurídicos, a concentração do poder no monarca ocasionou o advento de uma justiça do rei; a unificação do direito fez com que novas cortes de justiça fossem criadas, estas, mantendo conexões com o poder real. Competências foram formuladas, havendo, a partir desses fatores, tendência à sistematização do processo, com o exercício do que anteriormente eram atribuições judiciais e legislativas. (SALDANHA, 2010, p.47).

Os caracteres fundamentais do novo tipo de ordem política, ou político-jurídica (...) são os seguintes: uma circunscrição territorial correspondente a um espaço nacional, uma base *nacional* estável e homogênea, uma ordem administrativa unificada (incluindo orçamento e moeda, bem como exército nacional), um poder soberano unitariamente qualificado. À ordenação administrativa deve-se acrescentar – se não for o caso de se encontrar nela – a presença de um ordenamento jurídico unificado (SALDANHA, 2010, p.50) – grifo no original.

A partir dessa fase, o direito sofreu reformulações e perdeu a característica da origem divina, que fez-se presente durante a centralização jurídica do período medieval e a forma costumeira e difusa em prol da uniformização. O direito escrito passou a ter preferência quanto à sua utilização, no entanto, só teria uso efetivo a partir das revoluções liberais.

Assim, o Estado Liberal foi o resultado da insatisfação das lideranças nacionais europeias com o Estado Absoluto e as revoluções subseqüentes, que enfraqueceram o poder exercido nessa fase – as denominadas revoluções burguesas. O racionalismo no qual estava baseado o modo de ser da sociedade e a secularização da cultura conflitavam com o Estado Moderno.

A sucessão do monarca passou a ser questionada em face do ideal de autogoverno do povo, pois alguns não consideravam racional a manutenção do poder em decorrência de aspectos relacionados à descendência do rei. Para tanto, era necessária fundamentação ao exercício do poder por aquele governante. Também, o conceito de soberania foi compartilhado pela comunidade nacional, o que gerou profundas modificações no modo de estruturação do Estado Moderno, resultando nas revoluções burguesas.

Com isso, o Liberalismo sofreu influências da teoria jusnaturalista e do contratualismo, somados ao contexto do Iluminismo. O jusnaturalismo, concepção objetiva relacionada à existência de leis eternas, buscava a permanente aspiração da justiça, sendo ela inerente à natureza humana, já que para tal doutrina a ordem de princípios que deve reger a sociedade não foi criada pelo ser humano; caracterizava-se pela espontaneidade, produto da criação pela natureza (NADER, 2007, p.375).

Por sua vez, o contratualismo exerceu importante papel no ideal liberalista ao defender que o contrato originário representou o início para a necessidade de um acordo de vontades para que o exercício do poder fosse legitimado. O poder instituído pelo acordo de vontades individuais seria legítimo, não sendo admitida a ausência dessa participação e a liberdade no consentimento era tida por direito natural, cujo exercício deveria ser assegurado pelo Estado.

O Estado Liberal foi consolidado, mas simultaneamente tornou-se responsável por desencadear dúvidas quanto ao sistema de governo e à relação entre os atos de governar e ser governado. Ao contrário da legitimidade apresentada durante o Estado Moderno, no Liberal, esta se concentrava na ligação entre os depositários do poder e seus destinatários. Desse modo, o conceito de cidadão é criado, passando este a ser compreendido como o homem livre, capaz de obedecer às leis e a si mesmo.

Consequentemente, a maior valorização do ser humano e a noção de cidadão favoreceram o advento da democracia, na qual “em oposição às monarquias e às aristocracias, o povo governa, implicando em um Estado no qual existe alguma forma de igualdade política entre o povo” (HELD, 1987, p.1); o Estado Liberal combatia a circunstância de, no absolutismo, o poder concentrar-se no rei, não sendo compartilhado pelo povo nem a ele permitido o seu exercício.

A coexistência do liberalismo e da democracia favoreceu, portanto, novas dimensões acerca do governo e o exercício do poder. Se no liberalismo, aceitava-se que o povo não governasse, mas que o poder fosse dividido (o poder do Estado limitado), na

democracia o Estado era aceito e valorizado como um meio para a efetivação de um governo popular, uma vez que o liberalismo defendeu a redução máxima do Estado (SALDANHA, 2010, p.78).

Nascido com a função de assegurar os direitos dos cidadãos, o Estado Liberal estabeleceu, por isso, limites ao exercício do poder juntamente com a relação deste e os direitos do povo; portanto, o Estado tinha por objetivo a garantia daqueles direitos, devendo assim respeitar o princípio da separação dos poderes.

Visando à efetivação do referido princípio, o Estado necessitou de um instrumento jurídico, que acabou por convertê-lo em Estado Constitucional: a Constituição. Importante transformação nesse aspecto foi o emprego do termo “Estado Constitucional” pela arena política contemporânea para nomear o Estado que não atribuía o poder absoluto ao governante.

Consequentemente, o Estado manteve seus elementos de composição, permanecendo como nação organizada politicamente; a soberania foi conferida ao povo e o direito continuou a ser unificado, surgindo os Códigos e demais legislações. Ao mesmo tempo, as ideias Iluministas do direito natural e os ideais do Estado Liberal entraram em conflito quando da positivação do direito, evidenciando o excessivo apego à “vontade” da lei como resultado da expressão da vontade popular, versus o jusnaturalismo, como doutrina que apresentava a existência de normas de origem divina, independentemente das oriundas do processo legislativo estatal.

Os responsáveis pela elaboração das Constituições acreditaram que os mandamentos nelas existentes seriam naturalmente justos e considerados superiores aos costumeiros. “Dois movimentos paralelos, baseados sobre fundamentos idênticos, deram ao Estado Liberal sua forma jurídica: o das Constituições e o das codificações” (SALDANHA, 2010, p.81). Portanto, deveriam ser organizados e aplicados estritamente conforme a positivação e nas hipóteses previstas.

Dessa forma, o constitucionalismo objetivava, em sua origem, à aspiração por uma Constituição escrita, que estabelecesse e limitasse de modo legal-racional o poder do soberano. Referida estruturação constitucional deixou de ser a expressão da política no momento em que foi consolidado o constitucionalismo (STRECK, 2004, p.97). Os âmbitos constitucional e político apresentaram maior destaque às questões relacionadas ao problema do controle da atividade legislativa.

A partir do movimento constitucionalista, o jusnaturalismo e o positivismo clássico entraram em crise, começando a serem superados e instaurando-se uma nova

ordem no que se refere às Constituições e à efetivação de seus mandamentos. O Estado Constitucional, além de apresentar limitações ao exercício do poder, também trazia a ideia da existência do poder como instrumento capaz de assegurar a liberdade aos homens. O direito passou a ser estudado, criado e aplicado de modo formal devido à herança do pensamento racionalista e sistemático.

Por conseguinte, no século XVIII, transformações nos aspectos sociais, políticos e jurídicos originadas pelas modificações nas formas de organização do Estado, fizeram com que os ordenamentos considerassem a lei como fonte exclusiva do direito, não sendo atribuída normatividade a algumas das Constituições existentes na Europa continental. A proteção aos direitos fundamentais ocorria apenas com a garantia das demais normas não integrantes da Constituição, que nem sempre impediam os descasos ou os arbítrios cometidos pelo Poder Público durante o período anterior à 2ª Guerra Mundial.

Nessa época, as Constituições foram consideradas unicamente programas políticos, os quais apenas sugeriam ações por parte dos legisladores, não podendo tais questões serem enviadas ao Poder Judiciário para a promoção da defesa dos direitos fundamentais.

O Estado de Direito, consagrado no século XIX, teve no direito e na Constituição, as origens do sistema jurídico e as limitações ao exercício do poder. Atribui-se também ao Estado de Direito o prestígio do ordenamento jurídico, que foi valorizado devido à sua maior amplitude em face do Estado Constitucional. Com isso, exigiu-se o respeito por parte do Estado às normas jurídicas, uma vez que membros do Executivo impunham condutas que ultrapassavam os limites entre direito e arbítrio.

Nessa fase, a Ciência Jurídica tinha por objetivo o estudo das normas que integravam a norma jurídica vigente, por isso, consideravam os positivistas clássicos, que a justiça era um ideal irracional, destacando a importância do *ser* do direito, a relevância da lei, independentemente de seu conteúdo. Não havia para o legislador qualquer condicionamento ou limite na tarefa de organizar o sistema jurídico.

O positivismo jurídico acolhia exclusivamente as normas elaboradas, impostas ou aceitas pelo Estado, cabendo à sociedade cumpri-las estritamente, sob pena de sanções. O fundamento do direito estava concentrado na vontade estatal, devendo a norma jurídica ser cumprida, não cabendo discussões quanto às mesmas (NADER, 2007, p.385).

Como resultado ao advento do constitucionalismo, durante o pós-guerra,

especialmente na Itália e na Alemanha, observou-se significativa mudança em relação à importância dada às Constituições, que passaram a ser escritas. Verificando-se que maiorias políticas pretendiam manter-se no controle do poder através da prática de arbitrariedades, novas Constituições foram elaboradas, passando a fortalecer a jurisdição constitucional através de meios que garantissem a proteção aos direitos fundamentais mesmo em face do Poder Legislativo.

A legitimidade das Constituições escritas encontra-se tanto no seu conteúdo textual, quanto na sua origem, por ser decorrente da vontade do povo – através de Assembleia Geral Constituinte ou por *referendum*. A função das referidas Cartas remete não só ao aspecto de limitar o poder de um governo autoritário, pois, simultaneamente assegura os direitos do povo, impedindo que sejam violados pelo Estado (STRECK, 2004, p.99).

Novas formas de hermenêutica constitucional passaram a ser utilizadas, realizando-se uma interpretação extensiva e abrangente do conteúdo constitucional pelo Poder Judiciário, fortalecendo o fenômeno de constitucionalização do sistema jurídico, ampliando a influência das Constituições sobre todo o ordenamento e conduzindo à adoção de novas normas e institutos nos mais variados ramos do Direito (SARMENTO, 2011, p.78).

As Cartas constitucionais dessa fase trouxeram amplo conteúdo axiológico e maior proteção aos direitos fundamentais, abordando temas anteriormente não tratados, situação que ampliou as espécies de direitos constitucionalmente protegidos: os direitos sociais de natureza prestacional, além dos já resguardados direitos individuais e políticos.

Desse modo, as Constituições passaram a ser compreendidas como documentos que estruturavam juridicamente o Estado, definindo as atividades exercidas pelo Poder Público, modelo de economia, sistema de governo, forma do Estado e limitações ao poder político, mas que também asseguravam proteção aos direitos e garantias fundamentais.

O ordenamento constitucional, bem como as interpretações feitas em relação ao mesmo, permitiram o julgamento de questões de grande relevância social e evidenciaram a atribuição de maior importância ao Poder Judiciário, destacando-se, com isso, a função dos magistrados e das cortes constitucionais: o Judiciário torna-se um Poder expressivo e com grande relevância ao receber a tarefa para decidir tais questões.

A superação do positivismo clássico permitiu que fosse incorporada como

elemento dos novos sistemas jurídicos a força normativa da Constituição, no intuito de tornar as normas mais efetivas e assegurar o cumprimento dos direitos e garantias previstos nas novas Cartas Fundamentais. Esse rompimento foi representado pelo neoconstitucionalismo.

A proteção anteriormente conferida aos direitos fundamentais envolvia o controle realizado pelo poder Legislativo. Com a reconstitucionalização ocorrida em muitos ordenamentos jurídicos, os direitos fundamentais passaram a ser protegidos pelo Poder Judiciário contra o poder político majoritário que antes limitava a sua proteção e utilização. Por conseguinte, o poder público passou a cumprir as normas imperativas constitucionais, além de respeitar o caráter obrigatório e vinculativo de suas disposições.

Referidos acontecimentos são necessários à compreensão do modo pelo qual foram implantadas as jurisdições constitucionais no pós Segunda Guerra, conduzindo às práticas que possibilitaram a valorização do Poder Judiciário e sua expansão, tema que será abordado ao longo deste trabalho e servirá de elemento para a análise da atuação do Supremo Tribunal Federal no controle concentrado de constitucionalidade.

Ao contrário do constitucionalismo, que empregou a limitação ao poder arbitrário estatal e a imposição de Constituições escritas, o neoconstitucionalismo permitiu – e ainda permite – que o Estado utilize mecanismos para harmonizar o equilíbrio social, sem, no entanto, impedir o exercício das garantias previstas na Constituição tanto em relação ao poder público quanto em relação aos indivíduos (PONTES, 2013a, p.190).

No Brasil, em decorrência da atribuição de normatividade à Constituição, surge a doutrina da efetividade, que procurou superar algumas disfunções na formação do ordenamento jurídico nacional, evidenciadas na ausência de determinação política para o exercício das disposições constitucionais e no uso da Constituição unicamente como instrumento ideológico. O objetivo da doutrina da efetividade foi o de tornar as normas constitucionais aplicáveis direta e indiretamente na maior extensão de sua densidade normativa (BARROSO, 2008, p.15), materializando o conteúdo normativo e aproximando o “dever-ser” normativo com o “ser” do âmbito social.

Seguindo as determinações dessa doutrina, as normas constitucionais passam a ser dotadas de imperatividade:

Na prática, em todas as hipóteses em que a Constituição tenha criado direitos subjetivos – políticos, individuais, sociais ou difusos – são

eles, como regra, direta e imediatamente exigíveis, do Poder Público ou do particular, por via das ações constitucionais e infraconstitucionais contempladas no ordenamento jurídico (BARROSO, 2008, p.16).

A importância atribuída aos princípios e valores, considerados a partir desse momento, integrantes dos novos ordenamentos jurídicos, a propagação dos efeitos das normas constitucionais por todo o sistema jurídico, influenciando as atividades de todos os Poderes do Estado, o uso da ponderação como método de interpretação constitucional e a maior atuação dos juízes na interpretação das disposições constitucionais são características do neoconstitucionalismo.

Na presente dissertação, as práticas supracitadas conduzirão à análise acerca do poder de julgamento dos Ministros do Supremo Tribunal Federal no plano das arguições de descumprimento de preceito fundamental, relacionando o resultado dessas decisões ao comportamento de cada Relator. Aqui, ter-se-á por objetivo verificar quais Ministros adotam posicionamento autocontido e seletivo ao decidirem as ADPFs.

Outro aspecto relevante do constitucionalismo contemporâneo deve-se ao reconhecimento da conexão entre direito e moral, aceita pela cultura jurídica quando os ordenamentos começaram a defender os princípios de justiça e as Constituições englobaram um complexo de valores, sendo referência para a solução dos mais variados conflitos (HOLANDA, 2009, p.3).

O neoconstitucionalismo compreende, assim, a proteção e efetivação dada pelo Estado aos direitos fundamentais, praticando ao mesmo tempo, atos de controle social, político e jurídico e abstendo-se do exercício de arbitrariedades nos seus atos de poder. É um conjunto de teorias que procura explicar a reconstitucionalização do direito ocorrida no período posterior à Segunda Guerra Mundial, no qual passaram a ser adotados valores, princípios e mecanismos aptos a controlar a constitucionalidade das normas (PONTES, 2013b, p.14).

Com tais modificações nas ordens jurídicas, o princípio da separação dos poderes passou a ser interpretado com flexibilidade, sendo adotados posicionamentos mais favoráveis à atuação do Judiciário em proteção aos valores constitucionais. A ideia da rígida separação de poderes defendida por Montesquieu não foi mais adotada por muitos Estados contemporâneos; a concepção presente no neoconstitucionalismo é a de que os limites ao exercício do poder são justificados como forma de impedir que ocorram arbitrariedades na sua utilização.

Elementos filosóficos, históricos e teóricos foram responsáveis por fundar o neoconstitucionalismo (BARROSO, 2007, p.2). O âmbito filosófico foi responsável por promover a superação do conflito entre o jusnaturalismo e o positivismo jurídico. As controvérsias entre as correntes jusnaturalista e positivista resultaram na criação do pós-positivismo, como resposta à tese defendida pelo positivismo jurídico, sendo levados em consideração fenômenos sociais que influenciaram na forma como os atores do direito compreendem as normas, ultrapassando as limitações de caráter científico e procurando o reconhecimento de valores comuns integrantes da sociedade.

O pós-positivismo não desprezou o direito já positivado para alcançar a legalidade, mesmo sem recorrer às ideias originadas na natureza para aplicar uma dimensão moral do direito; estabeleceu uma nova proteção aos direitos fundamentais baseada na dignidade humana que não aquela impeditiva da ação do Estado – presente no constitucionalismo clássico – fundada na prática de arbitrariedades por parte do poder público. Desse modo, observou-se que ambas as teorias - jusnaturalismo e juspositivismo - eram complementares.

Foram reintroduzidas na ordem jurídica as ideias de legitimidade e justiça para a compreensão das normas. Ao mesmo tempo, o sistema jurídico deixou de ser visto como um conjunto formal e fechado de leis, havendo a efetiva utilização dos princípios jurídicos como espécies normativas que incorporam valores. A Ciência Jurídica passou a defender a integração entre as instituições estatais e os princípios integrantes do sistema jurídico.

O pós-positivismo enfrentou a necessidade de desenvolvimento de instrumentos aptos a lidarem com a dialética do direito ao solucionar interesses conflitantes. Além disso, procurou a harmonia entre o direito e a moralidade social. A nova interpretação das normas ocorre de forma mais legítima e compatível com os fatos sociais através da aplicação dos princípios jurídicos.

A hermenêutica jurídica desenvolveu a teoria dos princípios sobre a das regras. Foi esta uma forma de se obter o equilíbrio entre flexibilidade e vinculação para os conflitos entre direitos fundamentais. Pela teoria das regras, prevalece a dimensão da validade ou não validade, sendo necessárias decisões que permitam a aplicação integral da regra, as denominadas decisões do tipo “tudo ou nada”, que mantém a pretensão de exclusividade na aplicação das regras. Por sua vez, a teoria dos princípios procura encontrar soluções adequadas às pretensões sociais, que sejam simultaneamente vinculantes e flexíveis (CAMBI, 2007, p.17).

O âmbito histórico do neoconstitucionalismo destacou-se pela criação e evolução de Constituições que buscaram valorizar os direitos fundamentais, sem contudo, excluir a atividade estatal para a sua regulação (VAINER, 2009, p.201).

Já no aspecto teórico, o neoconstitucionalismo proporcionou o reconhecimento de força normativa à Constituição, o desenvolvimento de uma nova interpretação constitucional e a expansão do Poder Judiciário. A interpretação constitucional decorre da força normativa da Constituição, portanto, do reconhecimento de que as normas constitucionais são normas jurídicas, compartilhando seus atributos com o restante do sistema jurídico. Por sua vez, a força normativa da Constituição determinou a superioridade de suas normas frente às demais constantes no ordenamento.

Sob uma perspectiva Kelseniana, ela é a norma primeira, decorrente da *grundnorm*, sendo a supremacia uma consequência dessa gênese cronológica. Funciona como *norma-origem*, a primeira cronologicamente instituída (AGRA, 2005, p.6) – grifos no original.

Anteriormente a Constituição era vista como um documento essencialmente político, uma sugestão à atuação dos Poderes Públicos, estando a concretização das propostas constitucionais condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. O Judiciário não apresentava qualquer papel relevante na realização do conteúdo constitucional.

O desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, que encontra-se baseado nos direitos fundamentais e na democracia, modificou o exercício das atribuições do Judiciário. Não há democracia sem a concretização dos direitos fundamentais, especialmente os direitos sociais, como também não há direitos fundamentais de âmbito social sem a democracia.

O Constitucionalismo tornou possível a compreensão da Constituição como instrumento instaurador de limites explícitos ao poder do governamental e estadual, originando a separação dos poderes de modo que um seja controlado pelo outro e atribuindo ao Poder Judiciário a realização da *judicial review* para os casos de incompatibilidades normativas entre a Lei Maior e as normas infraconstitucionais.

A norma ápice do ordenamento jurídico também representa um programa político para ações futuras, ordenando aos poderes estatais imperativos e negativos, com a finalidade de estabelecer a sua legitimação ou deslegitimação (STRECK, 2004, p. 100).

“O Estado Democrático de Direito fundamenta, antecipadamente, a legitimidade

de um órgão estatal que tem a função de resguardar os fundamentos desse modelo de Estado de Direito” (STRECK, 2004, p. 113). Esse Estado é resultante do relacionamento entre a sociedade civil e o sistema político, instaurado sob um ordenamento jurídico de aspecto político-constitucional, que se desenvolveu através da separação entre esfera pública e privada.

Enquanto instrumento de proteção e concretização de valores e direitos fundamentais individuais e sociais, a Constituição necessita de mecanismos que assegurem a efetividade de suas disposições; para realizar tal função, como por exemplo, a instrumentalização de valores constitucionais e a conformidade das leis para com o texto constitucional, é necessária a presença da jurisdição constitucional.

Como resultado das modificações nos ordenamentos jurídicos proporcionadas pelo constitucionalismo, torna-se imprescindível a compreensão da relação entre a jurisdição constitucional e o controle de constitucionalidade como instrumentos direcionados à concretização dos mandamentos constitucionais e resultantes do processo de expansão da atuação do Poder Judiciário.

1.2 Jurisdição Constitucional e expansão do Poder Judiciário através da prática do controle de constitucionalidade

No contexto do constitucionalismo, a jurisdição constitucional surge como o instrumento necessário à realização dos fins inseridos no Estado Democrático de Direito, cujo fundamento encontra-se na soberania Estatal, visando à concretização dos direitos substantivos e à pacificação das relações sociais. Durante o século XIX, a jurisdição constitucional apresentava-se quase que exclusivamente nos Estados Unidos, país responsável por apresentar decisões pioneiras em matéria de controle de constitucionalidade dos atos normativos advindos dos demais poderes políticos. Dentre eles, destaca-se como principal, a decisão do caso *Marbury vs. Madison*, do ano de 1803, importante precedente para a prática do controle de constitucionalidade difuso, como também, permitiu a consolidação da moderna concepção de República (CRUZ, 2004, p.326).

Até assumir sua atual feição, a jurisdição constitucional enfrentou um longo processo de transformações. Sua derivação mais remota é a política, a qual passou a ser denominada jurisdição política, tendo origem em alguns países da Europa e de natureza

distinta à da jurisdição de natureza jurídica. Seu objetivo era tornar possível a pacificação entre os representantes de uma estruturação de poder, pacificação das relações entre os sujeitos políticos através do arbitramento de suas lides por uma câmara ou assembleia.

Posteriormente, a jurisdição constitucional teve por finalidade afirmar seu poder de supralegalidade ao estabelecer as normas infraconstitucionais que deveriam estar vinculadas aos parâmetros estabelecidos pela Constituição, tornando possível a prática do controle de constitucionalidade das normas.

O termo “jurisdição constitucional”, em sua versão contemporânea, está fundamentado na necessidade do estabelecimento de uma instância mediadora, neutra e imparcial para a solução dos conflitos em âmbito constitucional (BONAVIDES, 2004b, p. 128); sua atuação refere-se à legitimação dos procedimentos judiciais previamente estabelecidos, que possibilitem maior participação social no debate jurídico e à concretização dos direitos fundamentais. Há autores (COUTURE, 1978, p. 30) que apresentam ressalvas quanto ao conceito de jurisdição, pois em sistemas jurídicos de países Latino-Americanos, a mesma não se desenvolveu de modo uniforme, apresentando diferentes significados.

Excetuando-se o posicionamento de Eduardo Couture (1978), com relação ao seu aspecto objetivo, a jurisdição constitucional apresenta a problemática questão do que constituiria a matéria constitucional, pois esta é ampliada por uma Lei Maior de aspecto analítico, como o é a Constituição Federal de 1988, com o fim de obtenção de uma determinada estabilidade jurídica. No seu aspecto subjetivo, a jurisdição constitucional apresenta como dificuldade a delimitação da extensão de quem é o responsável pelo seu exercício, com a intenção de impedir conflitos de competência entre as instâncias do Poder Judiciário (AGRA, 2005, p.17).

Em algumas situações, o conceito de jurisdição constitucional é estabelecido com o mesmo significado das garantias constitucionais, demonstrando que seu alcance é a proteção dos direitos fundamentais (AGRA, 2005, p.18); por meio desse aspecto, demonstra a relevância que os direitos fundamentais passaram a ter no ordenamento jurídico. No entanto, essa concepção de jurisdição constitucional limitada às garantias fundamentais acaba por restringir a dimensão do conceito da referida jurisdição, não contribuindo para que a tutela integral da Carta Constitucional seja efetivada.

Giuseppe Chiovenda definiu a jurisdição constitucional como a função do Estado que tem por objetivo a atuação da vontade concreta da lei por meio da

substituição, através da ação de órgãos públicos, quando declaram a existência da lei, tornando-a praticamente efetiva (CHIOVENDA, 1998, p.8). Couture (1998) afirmava que o conceito de jurisdição compreende aspectos relacionados ao poder para sinalizar a prerrogativa de autoridade ao Judiciário, bem como engloba a função pública realizada por órgãos estatais, conforme as especificações contidas em lei, em razão da qual é determinado, por ato judicial, o direito das partes, com o fim de solucionar os conflitos de relevância jurídica (COUTURE, 1998, p.40).

Contudo, ainda não é possível atribuir um conceito definitivo de jurisdição constitucional, uma vez que tanto o âmbito social, político, jurídico, entre outros aspectos, sofrem modificações com o passar do tempo. Assim, os mecanismos através dos quais foram desenvolvidas as formas de administração da justiça, são afetados pelas contingências.

Atualmente, a jurisdição compreende a função do Estado que tem por finalidade a concretização dos mandamentos inseridos na Constituição, possibilitando que as estruturas normativas abstratas normatizem a realidade fática. Exprime assim, a intenção de estabilizar as relações sociais conforme os parâmetros estabelecidos na Carta Maior, impedindo o risco de enfraquecimento da sua força normativa.

Tal conceituação visa concretizar as normas do texto constitucional. A abrangência do seu alcance engloba a prestação jurídica contida nos mandamentos constitucionais, efetivando assim, o princípio da universalidade da jurisdição. No entanto, deve-se observar que:

[...] se essa jurisdição não for realizada segundo os parâmetros do regime democrático e dos direitos fundamentais, deixa de ser um esteio do Estado Democrático de Direito e passa a ser uma chancela da arbitrariedade (AGRA, 2005, p.19).

Tanto as correntes procedimentalistas como as substancialistas admitem que a jurisdição constitucional possui importante atuação na sociedade contemporânea no momento em que atende às reivindicações do povo, caracterizando-se por ser um instrumento necessário para que os avanços advindos do Estado Democrático de Direito não sejam cerceados, bem como serve à proteção dos direitos fundamentais previstos na Constituição (AGRA, 2006, p.253).

Importante a diferenciação entre legitimidade da jurisdição constitucional e legitimidade no exercício dessa jurisdição; a primeira não produz controvérsias pela maioria da doutrina e compreende matéria institucional. Tem por fim a proteção e

conformidade da ordem constitucional. Por sua vez, a legitimidade no exercício da jurisdição oscila entre o direito e a política, envolvendo assim, conteúdo axiológico e dinâmico (BONAVIDES, 2004b, p.128).

A jurisdição constitucional apresenta dispositivos normativos específicos, englobando também os atos exteriores – as partes, o órgão judicial e o procedimento estabelecido para o processo judicial (AGRA, 2005, p.14); sua forma consiste nos modos pelos quais são desenvolvidos os objetivos de pacificação das relações sociais e concretização dos direitos substantivos.

Seu conteúdo encontra-se inserido no texto da Lei Maior, não devendo a mesma ser compreendida na acepção da *jurisdictio*, de um conflito com relevância jurídica que tem por base o direito positivo. Dessa forma, a jurisdição traz as normas constitucionais e o objetivo de concretização destes mandamentos (AGRA, 2005, p.14). A definição do conteúdo constitucional varia de diante da realidade de cada país, já que traduz as determinações do poder constituinte relacionadas ao ambiente social, político e econômico de determinado contexto histórico.

Também em sede de jurisdição constitucional, o caráter inovador decorrente do constitucionalismo contemporâneo tem apresentado determinados aspectos na constitucionalização dos ordenamentos jurídicos, quais sejam, o aspecto material, o estrutural, o funcional e o político. O aspecto material refere-se ao reforço de um conceito não positivista de direito entre os juristas, no qual o sistema jurídico está vinculado à moral, sendo este um dos elementos que diferencia o neoconstitucionalismo do constitucionalismo em versões anteriores (STRECK, 2004, p.102).

Nesse contexto, é importante destacar que o constitucionalismo tradicional era considerado, sobretudo, uma ideologia, uma teoria meramente normativa, ao passo que o constitucionalismo atual vem sendo transformado em uma Teoria do Direito oposta ao positivismo jurídico enquanto método.

O aspecto estrutural da constitucionalização da ordem jurídica está relacionado à estrutura das normas constitucionais, juntamente com o seu aspecto funcional, que remete à forma de argumentação utilizada no conteúdo do texto constitucional. Por fim, o aspecto político destaca a transferência do protagonismo do Poder Legislativo para o Poder Judiciário, fenômeno este considerado por muitos como uma violação ao princípio democrático.

Apesar de a jurisdição constitucional ser mais proeminente nos ordenamentos que adotaram a instituição de um Tribunal Constitucional, no caso do Brasil, em que o

Supremo Tribunal Federal exerce essa jurisdição e também funciona como última instância da jurisdição ordinária, ela também exerce a função de proteger os dispositivos constitucionais e concretizá-los (AGRA, 2005, p.19).

Além da tutela dos direitos fundamentais, a jurisdição constitucional exerce a regulamentação dos processos de *impeachment*, conflitos de atribuições, estruturação dos poderes estabelecidos, garantias processuais, delineamento do sistema federativo, criação de partidos políticos, o controle de constitucionalidade, dentre outros (AGRA, 2005, p.20). Referidas formas de exercício da jurisdição constitucional destacam a valorização e expansão do Poder Judiciário, decorrentes da concepção neoconstitucional do sistema jurídico.

O crescimento da jurisdição constitucional, ocorrido após a 2ª Grande Guerra, possibilitou a criação do Estado Constitucional de Direito. O modelo antes vigente caracterizava-se por ter a Constituição como um documento exclusivamente político, cujas normas dependiam da aplicação realizada pelo administrador ou legislador para que pudessem produzir seus efeitos.

Nesse período, ainda não havia a prática do controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário, resultando no não atendimento das necessidades sociais por parte do Poder Público (BARROSO, 2008, p.4). Este era o Estado Legislativo de Direito, cuja centralidade das leis e a supremacia do Poder Legislativo eram características intrínsecas ao referido sistema.

A expansão da atuação do Judiciário tornou-se possível devido à densificação do princípio da supremacia das normas constitucionais, o que representou a submissão de todos os Poderes estatais às disposições contidas na Lei Maior. Também, a inserção dos direitos fundamentais nas Constituições resultou em um novo modo de raciocínio jurídico por meio do qual tribunais e juízes começaram a exercer um juízo que aplica a otimização dos princípios no que se refere às possibilidades de fato e de direito.

A teoria da supremacia constitucional possibilitou que alterações fosse realizadas nos sistemas jurídicos, destacando-se o âmbito do controle de constitucionalidade, a partir do qual houve uma maior atuação do Poder Judiciário na compatibilização das normas.

Tribunais e Cortes Constitucionais passaram a ter sua importância reconhecida quanto ao julgamento e interpretação da norma ápice do ordenamento jurídico: no Estado Constitucional de Direito a Lei Maior passou a vigorar como norma jurídica, regulando não só a produção de leis e atos normativos como também determinando

limites para o seu conteúdo e impondo deveres de atuação ao Estado.

Em vista da necessidade de o magistrado interpretar as normas constitucionais e as disposições nelas contidas, o processo da autocontenção judicial será estudado no âmbito desta pesquisa com o objetivo de analisar a incidência desse fenômeno no julgamento das ADPFs.

A Constituição, irradiando para o sistema normativo a autoridade de suas disposições, confere sustentação jurídica e legítima o conteúdo e a forma das normas infraconstitucionais. O exercício do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos determinou sua consonância para com a Carta Magna. Sem um efetivo sistema de controle dos atos normativos, o cumprimento às disposições contidas na Constituição perderia seu efeito.

O crescimento da jurisdição constitucional significou a interpretação e aplicação das normas constitucionais por órgãos da jurisdição e o controle de constitucionalidade das leis e atos do Poder Público. Através da expansão, foi verificada a necessidade de separação entre política e direito. Há por isso consequências próprias do processo de expansão:

A jurisdição constitucional compreende duas atuações particulares. A primeira, de aplicação direta da Constituição às situações nela contempladas. Por exemplo, o reconhecimento de que determinada competência é do Estado, não da União; ou do direito do contribuinte a uma imunidade tributária; ou do direito à liberdade de expressão, sem censura ou licença prévia. A segunda atuação envolve a aplicação indireta da Constituição, que se dá quando o intérprete a utiliza como parâmetro para aferir a validade de uma norma infraconstitucional (controle de constitucionalidade) ou para atribuir a ela o melhor sentido, em meio a diferentes possibilidades (interpretação conforme a Constituição) (BARROSO, 2008, p.5).

Tendo por função manter a unidade da ordem jurídica e das estruturas que formam o Estado, o controle de constitucionalidade origina meios de correção para o desequilíbrio entre lei ou ato normativo infraconstitucional e a Norma Maior, compatibilizando-os.

A jurisdição constitucional não deve ser confundida com o controle de constitucionalidade, uma vez que este é espécie daquela, sendo uma das várias modalidades de aplicação da força normativa da Constituição. A jurisdição constitucional tem por função conduzir as tutelas inseridas no texto constitucional à sociedade, enquanto o controle constitucional tem a exclusiva função de adequar as normas infraconstitucionais ao texto da Carta Magna; outras espécies da jurisdição

constitucional não retiram normas inconstitucionais do sistema jurídico, mas sim, determinam um modelo de prestação constitucional assegurado pela Lei Maior (AGRA, 2005, p.22).

Distinção diversa pode ser estabelecida em relação às normas que compõem o controle constitucional e a jurisdição constitucional. As normas integrantes do primeiro possuem caráter procedimental, com o objetivo de assegurar a supralegalidade do conteúdo constitucional. Apenas são aplicadas quando outras normas constitucionais sofrem violações. Por sua vez, a maioria das normas componentes da jurisdição, apresenta caráter substancial, regulando aspectos da sociedade considerados essenciais pelo legislador constituinte.

Os fundamentos do controle da constitucionalidade residem na supremacia e na rigidez da norma constitucional, ambos decorrentes do neoconstitucionalismo. A rigidez, que evidencia o princípio da supremacia constitucional, importa na realização do processo legislativo de forma mais solene, formal, do que aquele empregado para a criação de norma não constitucional.

Tendo-se, pois, um escalonamento normativo em cujo grau mais elevado localiza-se a Constituição, conclui-se que as demais normas componentes desta hierarquia de regras encontrarão nela a forma de elaboração legislativa e o seu conteúdo. Desse modo, tem-se como objetivo propiciar segurança ao ordenamento jurídico por meio da compatibilidade vertical (VAINER, 2009, p.204).

A inobservância das normas constitucionais originará sanções por seu descumprimento e a criação de mecanismos que possibilitam a manutenção da unidade da ordem jurídica e as estruturas que formam o Estado. Assim, por meio do controle de constitucionalidade são verificados se os requisitos formais e materiais de uma lei ou ato normativo apresentam compatibilidade às disposições constitucionais. A técnica da interpretação é utilizada como forma de garantir a compatibilização do ordenamento com as normas constitucionais.

No Brasil, como resultado das mudanças constitucionais, o controle de constitucionalidade concentrado passa a ser utilizado, por meio do qual pode ser destacada a ampliação da jurisdição constitucional brasileira: em períodos anteriores a 1988, a lei possuía validade superior à Constituição, não havendo independência do Poder Judiciário conforme os moldes atuais. As regras constitucionais sempre dependiam da vontade do Executivo para serem efetivadas, o que dificilmente ocorria.

A Assembleia Constituinte de 1988 promulgou uma Constituição que trazia um extenso rol de direitos fundamentais, rompendo com a situação anterior e conferindo novos direitos à sociedade. Por conseguinte, atribuiu-se efetividade imediata aos novos direitos, protegendo-os de reformas no texto constitucional.

Desse modo, a função do Judiciário foi reforçada tanto pela inafastabilidade da tutela judicial – princípio contido no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal – quanto pela criação de novos mecanismos do controle de constitucionalidade.

1.3 Modelo norte-americano e modelo austríaco de controle constitucional

Dada a importância da realização do controle constitucional das normas para a manutenção dos elementos constituintes do Estado Democrático de Direito, diversas modalidades de controle desenvolveram-se nos ordenamentos jurídicos atingidos pelos princípios e doutrinas do constitucionalismo.

O controle constitucional de origem norte-americana é realizado de forma difusa, sendo todos os órgãos do Judiciário competentes para realizar tal função seja originalmente, seja em grau de recurso; seu exercício ocorre por via incidental – em qualquer pedido em tribunal, ambas as partes, apenas uma delas ou o juiz do caso podem arguir a inconstitucionalidade à lei aplicável, levantando a questão prejudicial para a sua validade; ao contrário das questões políticas, todos os atos normativos podem sofrer fiscalização, realizada pelos juízes (STEIN, 2008, p.5).

As decisões têm efeito *inter partes*, pois tratam da resolução de questões prejudiciais para o desenvolvimento da causa. A insegurança jurídica que poderia surgir um primeiro momento, é solucionada pela aplicação do *stare decisis*, no qual as decisões da Suprema Corte apresentam caráter obrigatório para os demais órgãos do Judiciário. Com relação à eficácia temporal dos julgados, a norma inconstitucional é considerada absolutamente nula e por isso, ineficaz, sendo declarada a nulidade pré-existente do ato inconstitucional (CAPPELLETTI, 1999, p.115).

Apesar do grande destaque atribuído ao controle constitucional norte-americano, não está incorreta a afirmação de que o controle de constitucionalidade foi originado na Europa. De inspiração inglesa, após modificações sofridas em território norte-americano, a doutrina da *judicial review* assumiu novas formas quando retornou ao continente europeu.

No sistema jurídico norte-americano, a prática da *judicial review* não era reconhecida de forma explícita no texto da Constituição norte-americana de 1787, sendo fortalecido a partir das práticas judiciais, iniciadas antes mesmo do famoso precedente *Marbury x Madison*, em 1803 (STRECK, 2004, p.332).

A prova de que já na Convenção de 1787 se falava no *judicial review* está no comentário de Hamilton em O Federalista: A interpretação das leis é própria e peculiarmente de incumbência dos tribunais. Uma Constituição é de fato uma lei fundamental e assim deve ser considerada pelos juízes. A eles pertence, portanto, a função de determinar seu significado assim como de qualquer outra lei proveniente do Poder Legislativo (artigo LXXVIII de O Federalista) (STRECK, 2004, p.333).

A decisão da Suprema Corte norte-americana é historicamente paradigmática, mesmo existindo decisões anteriores que já haviam utilizado o controle de constitucionalidade difuso. No precedente *Marbury x Madison*, datado de 1803, o juiz John Marshall declarou a supremacia da Constituição, que não poderia ser violada por um ato legislativo de âmbito ordinário.

O caso tem início quando nas eleições dos Estados Unidos, em 1800, o Presidente John Adams e seus aliados federalistas são derrotados pela oposição republicana. Em seu lugar, Thomas Jefferson foi eleito o novo Presidente. No entanto, por apresentar a maioria no Congresso, John Adams e os federalistas fizeram aprovar uma lei de reorganização do Judiciário federal – *the Circuit Court Act* – com o objetivo de conservar sua influência política através do Poder Judiciário.

O conteúdo desta norma visava à redução do número de Ministros da Suprema Corte como forma de impossibilitar a novas nomeações por parte do Presidente que seria empossado e criava novos cargos de juiz federal, todos ocupados por federalistas aliados ao Presidente derrotado nas eleições (BARROSO, 2008, p.4).

Em 1801, por intermédio da lei *the Organic Act of the District of Columbia*, foi autorizado ao Presidente a nomear novos juízes, havendo a confirmação dos nomes indicados pelo Senado, na véspera da posse do candidato eleito Thomas Jefferson. John Adams assinou os atos de investidura dos novos juízes no último dia de seu governo, cabendo ao Secretário de Estado John Marshall, entregá-los aos nomeados (BARROSO, 2008, p.4). Sendo o último dia de governo do Presidente Adams, o Secretário Marshall não realizou a entrega de todos os documentos, ficando alguns nomeados sem recebê-los.

Thomas Jefferson tomou posse e seu Secretário de Estado, James Madison, sob orientação do Presidente, recusou-se a entregar os atos de investidura aos nomeados que não haviam recebido ao tempo do governo de Thomas Jefferson. Este caso apresentou configurações semelhantes a uma disputa entre os Poderes Executivo e Judiciário.

Entre os não investidos no cargo, estava William Marbury, que propôs um *writ of mandamus* para ter reconhecido o seu direito à investidura no cargo. Seu pedido teve como base a lei *the Judiciary Act*, que concedia competência originária à Suprema Corte para processar e julgar ações dessa espécie (BARROSO, 2008, p.4).

O Congresso, já composto pela maioria republicana, revogou a lei *the Circuit Court Act*, de 1801, extinguindo os cargos anteriormente criados e destituindo seus ocupantes (STRECK, 2004, p.333). A decisão do juiz Marshall consistiu na declaração de que o artigo 13 do *Judiciary Act* de 1789, ao adicionar como poder originário da Suprema Corte a competência para conhecer *writs*, era inconstitucional, uma vez que ultrapassava o poder do Congresso atribuído pela Constituição.

A partir dessa decisão, o Judiciário norte-americano tornou-se garantidor da Constituição, não só no âmbito da atribuição do poder entre os Estados-Membros e a federação, mas frente à atuação dos demais poderes estatais, dentre eles, o Legislativo.

O modelo do controle de constitucionalidade exercido nos Estados Unidos é precisamente difuso, com a Suprema Corte funcionando de forma a ser o órgão recursal final. Dos muitos casos recebidos, pouquíssimos sofrem julgamento pela Suprema Corte, uma vez que a jurisdição não é obrigatória.

Importante observar que no referido sistema de controle constitucional, os casos de menor importância não são levados à apreciação da Corte, evidenciando a faculdade na escolha dos casos a serem julgados. Essa escolha consiste no denominado instituto do *writ of certiorari*: um mecanismo que permite a atuação da Corte constitucional na uniformização do direito vigente nos Estados Unidos, sendo apreciados os casos mais importantes, de acordo com o seu próprio julgamento (PINTO, 2007, p.3).

O procedimento de *certiorari* é imprescindível à manutenção da Corte Constitucional norte-americana – através de um juízo de admissibilidade avançado, embora não seja necessária a manifestação dos juízes por escrito nem uma fundamentação aprofundada da admissibilidade ou da recusa ao recurso (STRECK, 2004 p.341).

Os casos selecionados também não apresentam ampla fundamentação, sendo a maior parte dos julgamentos realizada sem sustentação oral nem sentença; apenas as

palavras que indicam confirmação ou reforma são pronunciadas. Quando declarada a inconstitucionalidade de uma lei federal ou de uma legislatura local no sistema norte-americano, seus efeitos atingem não somente a jurisdição subordinada, mas também aquela que a emitiu.

Outro sistema de controle de constitucionalidade que se destaca, mormente devido à sua relevância para o sistema jurídico brasileiro, é o controle concentrado, no qual a apreensão está centralizada em uma Corte Superior idealizada para este fim, tal como originalmente explanado por Hans Kelsen (2007), além do sistema norte-americano de controle difuso, no qual a tarefa é partilhada por todos os órgãos judiciais originalmente ou em grau de recurso – a *judicial review* original do modelo norte-americano.

A modalidade de controle concentrado surgiu em 1920 na Áustria, onde foi criada a Corte Constitucional, um órgão cuja função era efetuar o controle concentrado *in abstracto* das leis, a partir da união entre as ideias francesas revolucionárias sobre controle de constitucionalidade e da hierarquia kelseniana das normas (CAPPELLETTI, 1971, p.47).

Mesmo constituindo uma federação, os Estados austríacos não possuem jurisdição constitucional própria, porém, é importante destacar que o monopólio da jurisdição constitucional por parte do Tribunal Constitucional não impede que os demais órgãos do Judiciário utilizem o direito constitucional para proferir suas sentenças.

O Tribunal Constitucional austríaco decide sobre a inconstitucionalidade das leis a pedido de qualquer pessoa que alegue violação aos seus direitos, decorrente dessa incompatibilidade normativa com a Lei Maior. Basta que a lei tenha produzido os efeitos sobre a pessoa – não é necessária a existência de decisão administrativa ou judicial. Esse requerimento individual deve respeitar o princípio da subsidiariedade, apenas havendo a possibilidade da instauração do processo quando não houver outro meio eficaz para solucionar a inconstitucionalidade (STRECK, 2004, p.361).

A criação do Tribunal Constitucional austríaco deu-se através da Constituição, tendo por finalidade instituir um poder de controle que, para ser exercido, necessitava da propositura de uma ação especial por alguns órgãos políticos. Com a lei austríaca de revisão da Constituição (1929), foi adicionada a legitimação de dois órgãos judiciais ordinários, o governo federal e a Suprema Corte para as causas penais e civis (CAPPELLETTI, 1999, p.106).

No controle concentrado, o Tribunal Constitucional decide acerca da lei em tese,

não sendo necessária a existência de um conflito concreto. Os efeitos do controle concentrado são *erga omnes*, sendo da competência exclusiva de Tribunal o controle das normas *in abstracto* (CARVALHO, 2007, p.162).

Por conseguinte, o controle é realizado em via principal, apresentando caráter de controle constitutivo de invalidade e da ineficácia das leis incompatíveis com o conteúdo da Constituição; Nesse caso, o controle de legitimidade - diferentemente do que ocorre nos Estados Unidos - é inteiramente desvinculado dos casos concretos. Apresenta também um aspecto geral, dando origem a uma anulação que possui eficácia *ex nunc*, estendendo os efeitos da decisão para todo o povo (*erga omnes*).

Não é possível a prática do controle nos casos de omissão normativa no sistema austríaco; porém, na ausência de determinado preceito legal, decorrente da inatividade do Legislativo, é possível que a inconstitucionalidade remeta a outro preceito – nesse caso, a inconstitucionalidade está configurada a partir da omissão de uma atividade legislativa de caráter complementar (STRECK, 2004, p.361).

A Constituição da Áustria prevê ainda que, quando declarada a inconstitucionalidade de uma norma, as disposições legais que tenham sofrido revogação por meio dessa norma, sejam ripristinadas. Quando publicada a decisão, o Tribunal especificará quais disposições foram ripristinadas (STRECK, 2004, p.362); tal situação ocorre, no direito brasileiro, com o artigo 11, § 2º, da Lei nº 9.868/99, que trata da regulamentação das ações diretas de inconstitucionalidade.

A competência para o controle de constitucionalidade realizado pela Corte Constitucional austríaca deve-se ao fato de a exclusão dos juízes e tribunais ordinários da função de controle normativo estar fundamentada na desconfiança da sociedade para com os juízes, resultado da discussão acerca da soberania popular.

Na França, como resultado das revoluções do século XVIII, o controle de constitucionalidade passou a ser preventivo e realizado por um órgão de natureza política. Como resultado, a descrença no Poder Judiciário provocou a exclusão dos tribunais e juízes ordinários do processo de julgamento das inconstitucionalidades normativas, sendo criados, para tanto, tribunais que não pertenciam à estrutura do Judiciário, os denominados Tribunais Constitucionais (STRECK, 2004, p.375).

No caso dos juízes norte-americanos, não houve o desgaste ocorrido com os magistrados franceses devido à forma pela qual originou-se o Estado nacional. A decisão *Marbury x Madison* foi uma decisão interventiva, capaz de tornar o Poder Judiciário o ente moderador do conflito, que tinha como principal foco de tensão o

Poder Executivo (STRECK, 2004, p.375).

Contudo, a referida moderação não ocorreu nos sistemas jurídicos da Europa. Era necessária a existência de outro ente que fosse capaz de intervir nas disputas dos poderes estatais: não poderia ser o Judiciário, pois faltava legitimidade para tanto, uma vez que os juízes europeus são magistrados de carreira. Com isso, o sistema francês foi utilizado como modelo para ser suprida a falta de legitimidade do Poder Judiciário.

Por conseguinte, surge a ideia da criação de um tribunal que, não integrando o Judiciário, poderia realizar a moderação do sistema, partindo do controle de interpretação constitucional. A composição do tribunal *ad hoc* seria realizada pela efetiva participação do Poder Legislativo (STRECK, 2004, p.377).

O Tribunal Constitucional tem por fundamento a natureza política de suas competências, não impedindo que suas funções de caráter jurisdicional sejam exercidas. Na Áustria, a criação de um tribunal apartado da jurisdição constitucional ordinária - competente para a realização do controle concentrado de constitucionalidade - foi utilizada para justificar a manutenção do mito da lei.

Nos Estados Unidos, os juízes da Suprema Corte, nomeados pelo Presidente, revelaram preocupação com as consequências políticas das decisões e respeito aos poderes do legislador. Consequentemente, surge nesse país, a teoria da *judicial self-restraint in exercise of judicial review*. Na Europa, a não utilização do controle difuso e a adoção dos tribunais *ad hoc* teve por objetivo, que não outro, o afastamento dos magistrados do controle de constitucionalidade (STRECK, 2004, p.379).

O controle concentrado, mais do que o controle difuso – de origem norte-americana, evidencia a ocorrência do fenômeno da judicialização da política, do ativismo judicial, bem como da *judicial self-restraint*. A partir dessas ocorrências, as práticas jurisprudências têm revelado o aspecto político do controle de constitucionalidade, passando a serem discutidas formas institucionais para a legitimação do Judiciário nessa forma de controle.

Com o crescimento do poder de atuação do Judiciário, associado à complexidade e o pluralismo social, deve ser verificada a repercussão dos referidos fenômenos nos sistemas jurídicos e suas consequências no referente ao cumprimento dos mandamentos constitucionais e defesa dos direitos fundamentais.

Em meio a esse fenômeno que vai tomando corpo em escala mundial, o que se precisa definir é sob quais formas ele repercutirá nas

dimensões pública e privada da autonomia dos cidadãos (CONTINENTINO, 2008, p.60).

1.4 O controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro

A jurisdição constitucional nos países ibero-americanos tem por característica o aspecto híbrido do seu controle de constitucionalidade das normas, formado de acordo com os aspectos culturais de cada região. O caso do Brasil não é diferente, pois sua jurisdição desenvolveu-se num quadro democrático e republicano, mesmo havendo sofrido interferências de regimes autoritários (MENDES, 2008, p.1).

O ano de 1808 marcou o início das transformações do Poder Judiciário brasileiro, bem como a implantação da Casa de Suplicação do Brasil, tendo o referido órgão operado antes mesmo da primeira Constituição brasileira (1824), que o converteu em Supremo Tribunal de Justiça do Império e que veio a se tornar o Supremo Tribunal Federal com a Constituição Republicana de 1891 (GUERRA, 2008, p.2).

A primeira Constituição do Brasil - 1824 - não apresentava o controle jurisdicional de constitucionalidade das normas. Caracterizava-se por ser semi-rígida, apresentando uma divisão que separava a matéria constante da Carta em constitucional e não-constitucional; o conteúdo constitucional era referente apenas aos direitos políticos, direitos individuais e às atribuições e aos limites de exercício dos poderes políticos. As disposições não-constitucionais poderiam sofrer alterações sem as formalidades referidas pelas Legislaturas ordinárias (STRECK, 2004, p.408).

As modificações não constitucionais poderiam ocorrer por maioria simples, enquanto as matérias constitucionais deveriam obedecer a procedimento específico. Assim, a Constituição de 1824 não estabeleceu um controle constitucional com caráter *stricto sensu*. Tendo por fundamento as ideias francesas, não foi concedido ao Judiciário a prerrogativa para declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos do Poder Legislativo (VAINER, 2009, p.212).

O Judiciário recebeu um papel secundário na realização do controle de constitucionalidade das normas, cabendo ao Poder Legislativo não só a atividade de elaboração das leis, mas sua interpretação, suspensão e revogação. A Carta de 1824 possibilitou o estabelecimento de um Estado centralizado, com fortes poderes atribuídos ao Imperador. Nessa época, o Poder Moderador era considerado a fonte da organização política do Império brasileiro, responsável por controlar a política e a administração.

Com a queda do império a partir do ano de 1868, instalou-se uma profunda crise política, resultando em pedidos de reforma nas estruturas dos poderes políticos. Dois manifestos abalaram o Império; um deles apresentava reformas que objetivavam o princípio federativo da descentralização, a supressão ou reorganização do Conselho de Estado, a queda da vitaliciedade do Senado, o ensino livre e a extinção do Poder Moderador.

Buscou-se certa legitimidade para o novo regime: por haver um grande risco nas eleições de um parlamento diverso ao mantido durante a fase do Império e levando-se em consideração esse quadro político-institucional, o Congresso republicano entregou a garantia da instituição e da afirmação da República - contida na lei infraconstitucional - aos juízes e ao Supremo Tribunal Federal (STRECK, 2004, p.421).

Essa transferência do poder do Congresso Nacional republicano para o Judiciário ocorreu devido ao perigo de retorno à monarquia através da lei infraconstitucional. Com isso, os juízes passaram a garantir a República através de suas decisões.

Verifica-se que a atribuição de algumas das funções do Poder Legislativo para o Judiciário, teve início no Brasil antes do período comumente indicado pela literatura para a expansão do poder jurisdicional, qual seja, após a Segunda Guerra Mundial (1939-1945). Esse é um indicador de que os elementos facilitadores da ocorrência da maior atuação do Judiciário brasileiro já se apresentavam nos momentos iniciais da República. No entanto, a ocorrência dos fenômenos da judicialização e do ativismo judicial somente passou a ser verificada recentemente no Brasil.

Por meio do decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, verifica-se a preocupação política do governo provisório com as funções a serem exercidas pelo Poder Judiciário, quando da instauração da República. O decreto nº 25, de 30 de novembro de 1889 trazia o novo perfil do Judiciário ao prever que as cartas de sentença, atos e demais documentos judiciários seriam emitidos/praticados em seu nome e com a autoridade que lhes fora conferida por lei, sem a necessidade de invocação de outro poder político estatal (STRECK, 2004, p.424).

Outro importante aspecto referente ao Judiciário brasileiro e a implantação do seu controle constitucional foi o modo pelo qual seriam realizadas as eleições para Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal: o decreto nº 210, de 20 de fevereiro de 1890, atendendo aos princípios que asseguravam a independência do Judiciário, estabeleceu que o eleito fosse escolhido dentre os membros do Supremo Tribunal

Federal, por votação de seus pares (STRECK, 2004, p.424).

Apesar de a ideia de controle de constitucionalidade já haver sido apresentada no Decreto nº 848, com inspiração na *judicial review* norte-americana, apenas com a Constituição de 1981, esta passou a ser exercida pelo órgão de cúpula do Judiciário. “Por isto, é possível afirmar que a teoria constitucional brasileira nasce com a República e a Constituição de 1981” (STRECK, 2004, p.424).

Uma das inovações da Constituição de 1934 foi a atribuição ao Senado para a realização do controle difuso de constitucionalidade. A partir da referida Carta Constitucional, a ausência dos efeitos *erga omnes*, inexistente na Constituição de 1891, começou a ser solucionada: enquanto o Senado não recebesse do Supremo Tribunal Federal a lei declarada inconstitucional e não realizasse a suspensão da execução da lei, os magistrados e Tribunais poderiam continuar a aplicá-la.

A Constituição de 1937 manteve o controle difuso de constitucionalidade, contudo, sem remessa ao Senado. Estabelecia que, uma vez declarada a inconstitucionalidade de lei pelo Supremo Tribunal Federal, se a norma fosse considerada relevante pelo Presidente da República, a mesma poderia ser novamente remetida pelo Chefe do Executivo ao Parlamento para que nova análise acerca da constitucionalidade fosse realizada pelo Legislativo (STRECK, 2004, p.442).

No caso supracitado, se o Parlamento confirmasse a compatibilidade da lei com o ordenamento jurídico, por dois terços dos votos em cada uma das casas, a decisão do Supremo Tribunal Federal ficaria sem efeito. Essa prática evidencia o retrocesso na recente democracia brasileira provocado pela Carta de 1937.

O segundo pós-guerra deu início a alterações na política brasileira: o país ingressa na fase de redemocratização. No âmbito da jurisdição constitucional, não ocorreram profundas alterações. Na Constituição de 1946, o modelo difuso do controle de constitucionalidade permaneceu com remessa ao Senado a partir da declaração de inconstitucionalidade do STF (STRECK, 2004, p.445).

Com o golpe militar de 1964, a Lei Maior de 1946 sofreu modificações. Os Atos Institucionais foram responsáveis por destituir seu caráter democrático. O controle jurisdicional das normas estava relacionado apenas aos aspectos extrínsecos dos mesmos, sendo vedada a apreciação dos fatos que os motivaram, bem como sua conveniência e oportunidade.

Ainda durante a vigência da Constituição de 1946, teve início a ideia de implantação do controle concentrado, como forma de manter o controle do sistema

jurídico, uma vez que o Judiciário sofreu grandes consequências durante do regime militar, dentre elas, a supressão de acesso ao Poder Judiciário estabelecida pelos Atos Institucionais.

A partir da Lei nº 2.271/1954, foi instaurada a ação direta de declaração de inconstitucionalidade – ponto de partida do controle por via de ação, abrangendo tão somente atos referentes à hipóteses de intervenção federal. Alterações ocorridas a partir da Emenda nº 16/1965 permitiram o alargamento do controle material por via de ação (BONAVIDES, 2004a, p.330).

Na Constituição de 1967, o controle constitucional difuso foi mantido com a mesma estrutura das Cartas anteriores; houve a supressão das restrições de acesso ao Poder Judiciário e a modalidade de controle concentrado foi inserida no ordenamento brasileiro pela Emenda nº 16/1965.

A possibilidade da instauração de uma Corte Constitucional foi debatida durante a Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988; no entanto, não houve a adoção da Corte Constitucional, mas outras competências foram adicionadas às já atribuídas ao Supremo. Com isso, a competência originária do STF foi ampliada pela nova Constituição, em especial no âmbito do controle de constitucionalidade e no controle da omissão constitucional (MENDES, 2008, p.4).

O texto que resultou da Constituinte positivou o que havia sido reivindicado pela sociedade: o catálogo dos direitos fundamentais, os direitos sociais, as ações constitucionais, dentre outros. A nova Lei Maior caracterizava-se por ser filiada ao constitucionalismo dirigente, compromissário e social.

Dessa forma, a Constituição de 1988 atribuiu ao Judiciário funções não concedidas pelas Cartas anteriores, dentre elas, conferindo-lhe autonomia institucional, independência administrativa e autonomia funcional dos magistrados. O Supremo Tribunal Federal permaneceu como órgão de cúpula do Judiciário; a proteção judicial efetiva tornou-se fundamento do sistema protetivo dos fundamentais.

De inegável peso político e significado jurídico é a competência do Supremo Tribunal para processar e julgar a *ação direta de inconstitucionalidade* (ADI), a *ação declaratória de constitucionalidade* (ADC), a *arguição de descumprimento de preceito fundamental* (ADPF), a *ação direta de inconstitucionalidade por omissão* (ADIo) e o *mandado de injunção* (MI). Tais processos – juntamente com o recurso extraordinário – formam hoje o *núcleo do sistema de controle de constitucionalidade e legitimidade de leis ou atos normativos, bem como das omissões inconstitucionais* (MENDES, 2008, p.4) – grifos no original.

As influências do modelo difuso de controle de constitucionalidade sobre o sistema jurídico brasileiro acabaram por resultar na utilização de um mecanismo de fiscalização judicial da constitucionalidade e atos normativos em geral; também, o desenvolvimento das instituições democráticas resultou num sistema particular de jurisdição constitucional, cujo desenho e organização reúnem, de forma híbrida, características marcantes de ambos os clássicos modelos de controle de constitucionalidade. (MENDES, 2008, p.2).

Desse modo, o sistema de controle de constitucionalidade exercido pelo Judiciário brasileiro, denominado misto, e que foi mantido desde a Emenda nº 16/1965, prevê o exercício da revisão judicial tanto sob o âmbito difuso, quanto pelo concentrado, tornando-se possível obter pronunciamentos da mais alta Corte (Supremo Tribunal Federal) através de recursos ou de instrumentos processuais específicos (TAYLOR, 2008, p.826).

O controle difuso exercido no Brasil foi inspirado no modelo norte-americano, tendo sido utilizado primeiramente durante a República – Constituição de 1891. Com as modificações inseridas nas Constituições seguintes, chega-se à atual configuração do controle difuso brasileiro: através dele, é possível que no curso de qualquer ação seja suscitada a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, podendo ser de origem municipal, estadual ou federal. Apresenta amplo rol de legitimados para a propositura das ações do controle difuso.

Apesar da presença do modelo híbrido de controle constitucional, o Brasil não adotou um tribunal *ad hoc*, mantendo-se a estrutura do controle misto – controle direto abstrato e incidental concreto –, empregando apenas o instituto da ação de inconstitucionalidade por omissão, oriundo do direito português.

Diferentemente do que ocorre em alguns países da Europa, nos quais a inconstitucionalidade é julgada *per saltum*, no Brasil, qualquer juiz de primeira instância poderá deixar de aplicar a lei, desde que esta seja incompatível com o conteúdo constitucional; o juiz singular não declara a inconstitucionalidade da norma, mas apenas deixa de aplicá-la, uma vez que somente pelo voto da maioria absoluta dos membros do tribunal ou do respectivo órgão especial poderá ser declarada a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público - artigo 97 da Constituição Federal.

Importante observar que a existência do controle constitucional em sua forma difusa, juntamente com o controle concentrado, constitui um importante instrumento de

filtragem constitucional; por isso, a relevância do estudo das peculiaridades que caracterizam do sistema híbrido de controle de constitucionalidade brasileiro. “Com efeito, o controle difuso de constitucionalidade [...] retira do órgão de cúpula do Poder Judiciário o monopólio do controle de constitucionalidade” (STRECK, 2004, p.456).

A partir da nova Carta Magna, passou a ser observada uma tendência que confere ênfase não mais ao modelo difuso, mas ao modelo concentrado, uma vez que maior parcela das controvérsias constitucionais foi submetida ao Supremo Tribunal Federal, através do controle abstrato de normas.

Importante elemento decorrente de tal modificação refere-se ao amplo rol de legitimados à propositura das ações do controle concentrado, possibilitando que pleitos tipicamente individuais sejam conduzidos ao STF mediante ação direta de inconstitucionalidade (VAINER, 2009, p. 224). “Assim, o processo abstrato de normas cumpre entre nós dupla função: é a um só tempo instrumento de defesa da ordem objetiva e de defesa de posições subjetivas” (MENDES, 2008, p.6).

Nessa forma de controle, o Tribunal decidirá acerca da lei em tese, não sendo necessária a existência de um conflito concreto. O controle concentrado apresenta efeito *erga omnes*, sendo da competência exclusiva de Tribunal o controle das normas *in abstracto* (CARVALHO, 2007, p.162).

A partir do controle concentrado, novos mecanismos de compatibilização com o texto Constitucional foram criados: a ação direta de inconstitucionalidade (ADIN); a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO); a ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF).

Mesmo como inovações decorrentes do texto constitucional de 1988, a análise do processo decisório das ADINs e ADPFs demonstra formas distintas no julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal. Nas ADINs, há elevado número de julgamentos, utilizadas como instrumento de contestação de políticas, tornando-as um recurso frequente.

No entanto, nas arguições por descumprimento a preceito fundamental, verifica-se a situação inversa: há um quadro reduzido de julgamentos. Dessa forma, o presente trabalho tem por objetivo a compreensão da ocorrência da autocontenção judicial nas arguições de descumprimento de preceito fundamental, estas, inseridas no contexto da judicialização e do ativismo, sendo analisado o motivo pelo qual o Supremo Tribunal Federal não tem julgado as ADPFs.

CAPÍTULO 2 – O CONTEXTO DO ATIVISMO JUDICIAL E DA JUDICIALIZAÇÃO DAS QUESTÕES POLÍTICAS NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

2.1. O constitucionalismo da efetividade e a crise da pós-modernidade no Estado Democrático de Direito

Por longo período, a função jurisdicional esteve ligada à ideia de reprodução do conteúdo das leis; com o advento do controle de constitucionalidade, os juízes passaram efetivamente a submeter as leis a serem aplicadas ao caso concreto e assim, tornou-se ineficiente uma atuação do Judiciário meramente reveladora do sentido das normas em abstrato e sua aplicação ao caso específico.

Como resultado das alterações no modo de julgar as controvérsias cuja solução não é prevista constitucionalmente, decorre o inevitável choque entre a suposta vontade do legislador (decorrente da maioria legislativa) e a decisão judicial, revelando que o posicionamento do magistrado a favor da maioria ou minorias envolve questões políticas. Poderá o Executivo não cumprir suas obrigações relacionadas aos valores constitucionais e assim, desrespeitar as garantias conferidas aos cidadãos. Nessa hipótese, o Judiciário também atua visando a suprir a omissão (PONTES, 2013a, p.192).

O ato de tornar válidos os direitos contidos no Texto Maior em todas as situações levadas ao Judiciário, fez com que este assumisse um novo modo de atuação no Estado Democrático de Direito. Os valores trazidos pela Constituição passaram nortear a atividade jurisdicional, que aceitou a atuação pública do referido poder na tarefa de tutela dos direitos.

Após a promulgação da Constituição de 1988, a doutrina do constitucionalismo da efetividade foi identificada no ordenamento brasileiro. Não visava exclusivamente discutir a ordem teórica, mas sim, a ordem política, apoiando a força dirigente da Norma Constitucional. Consistiu numa doutrina essencialmente vinculada à normatividade integral da Constituição.

Propondo debates acerca do novo papel do Supremo Tribunal Federal, rediscussão dos institutos constitucionais e o estudo das ações constitucionais como meio de efetivá-las, a dogmática constitucional da efetividade foi capaz de renovar o direito constitucional brasileiro, proporcionando o surgimento de novas aberturas

teóricas.

No entanto, a sua produção teórica discursiva ainda manteve-se adstrita aos paradigmas existentes nas ordens constitucionais anteriores. A ideia do poder de vinculação do intérprete ao texto, bem como as teorias classificatórias da aplicação das normas ainda eram encontradas na nova dogmática constitucional (CLÈVE, 2004, p.3).

A relação do jurista com a Constituição foi um dos aspectos importantes dessa doutrina, possibilitando a criação e rediscussão de novos mecanismos para o direito constitucional pátrio. Passados vinte e cinco anos da promulgação da Carta de 1988, a vinculação ao princípio da máxima efetividade constitucional ainda permanece no constitucionalismo da efetividade, caracterizando um compromisso permanente.

Contudo, em decorrência da inserção dos direitos fundamentais nas Constituições, novas premissas e conceitos são necessários, resultando no novo modo de raciocínio jurídico por meio do qual tribunais e juízes exercem um juízo que aplica a otimização dos princípios.

No constitucionalismo da efetividade, para que seja concretizada, a norma jurídica deve transmitir os valores presentes na sociedade ao mesmo tempo em que mantém ligações entre o plano normativo do *dever ser* e o *ser*, contido na realidade social; a conexão do valor social com o normativo é imprescindível para a efetividade das disposições constitucionais. Ocorrendo dissociação entre ambas, o Estado Democrático de Direito resta descaracterizado (SANTOS, 2000, p.7).

Em suma, a Constituição deve, para se efetivar, estabelecer valores que correspondam aos anseios populares com base em análises históricas, plasmadas num poder constituinte legítimo e soberano. A conexão *norma – valores sociais* deve ser íntima com fins de cumprir a etapa semântica de concretização (SANTOS, 2000, p.7).

Esse aspecto caracteriza a busca pelo constitucionalismo da efetividade diante da crise do direito legislado e do Estado Democrático de Direito em atender às demandas sociais. Desse modo, segundo a doutrina da efetividade, o constitucionalismo deve estar adaptado às novas demandas sociais e aos valores nela presentes. No entanto, a pluralidade social não favoreceu o alcance de todos os objetivos dessa doutrina.

Como resultado da pós-modernidade e das dúvidas trazidas por ela, houve a quebra dos paradigmas ontológicos e a fragmentação social, resultando no aumento do número de conflitos. A ausência de parâmetros visando atender e normatizar todas as expectativas do povo, deu origem à referida crise; do mesmo modo, o enfraquecimento

dos órgãos estatais, provocado pelo liberalismo no plano econômico (AGRA, 2005, p.72).

Em relação aos efeitos da crise pós-moderna no Estado Democrático de Direito, duas motivações podem ser elencadas: a primeira diz respeito às economias capitalistas, que criaram grande complexidade social, conduzindo às crises de interesses entre os grupos sociais; a partir desse fato, o Estado passou a implementar políticas públicas visando satisfazer de forma específica as expectativas do povo.

A segunda motivação refere-se à inflação legislativa. Para adequar o sistema jurídico à evolução da sociedade, novos instrumentos são produzidos para se adequarem aos fatos sem que sejam contraditórios com as mais variadas esferas sociais.

A presença do neoliberalismo fez com que na esfera econômica ocorresse situação inversa ao aumento da produção legislativa, agravando a crise. A ausência de eficácia das normas, principalmente as programáticas, fez com que os órgãos estatais enfraquecessem, deixando de realizar as suas funções; depois, a impossibilidade de regulamentação legal relacionada a fatos específicos.

Todas as esferas sociais foram atingidas pela pós-modernidade e com o direito não foi diferente: tendo por finalidade regular as relações sociais, o direito formal – baseado em sua positivação e exagerado formalismo – também foi atingido, entrando em crise e afetando seriamente a eficácia de suas normas.

A crise da concepção formalista do Direito atinge de forma mais drástica a jurisdição constitucional que, pela relevância de suas decisões judiciais, muitas vezes oferece limites às decisões políticas, necessitando, por isso, de maior grau de legitimidade (AGRA, 2005, p.73).

No entanto, os paradigmas existentes dificultam a procura pela legitimidade da jurisdição constitucional. Do mesmo modo, passam por crise o significado de Estado Democrático de Direito, o conceito de Constituição, os limites da atuação do Judiciário. A crise constitucional deriva dos conflitos sociais, quando a Constituição deixa de ser considerada parâmetro normativo. Dessa forma, a Lei Maior perde a eficácia, a sua força normativa (HESSE, 1991, p.19).

A crise constitucional pode ser melhor observada através das normas programáticas, que não conseguem obter eficácia negativa ou positiva, nem mesmo concretizam o conteúdo da Constituição, impondo condutas a serem executadas pelos poderes constituídos. Portanto, a crise constitucional compreende a falta de eficácia dos

mandamentos constitucionais diante dos múltiplos poderes normativos pertencentes às instituições reguladas a partir de decisões individuais (AGRA, 2005, p.88).

A crise de representatividade do Poder Legislativo também não é um acontecimento recente. A mitigação de suas atividades restou evidenciada através lentidão de suas competências e a perda de sua prioridade na elaboração das normas. A necessidade de adequação das normas às exigências das sociedades, cada vez mais complexas, a globalização e a variedade de fontes jurídicas foram elementos que favoreceram a referida crise. O direito positivado passou a não mais satisfazer as demandas sociais que se tornaram constantes; como resultado, a produção normativa do Poder Legislativo decaiu, fazendo com que o direito legislado apresentasse reduzida utilização e passasse a ser fundamentado em uma pluralidade de fontes (PONTES, 2013b, p.20).

A falência da democracia liberal também foi outro aspecto que contribuiu para a crise do Poder Legislativo. Por sua antiga preponderância nas democracias europeias, tendo sido o poder que representava a soberania popular, a crise ocorreu de forma mais intensa. O legislativo definia a atuação da jurisdição constitucional, juntamente com as formas de atuação política a serem seguidas (AGRA, 2005, p.126).

Contudo, a crise do Legislativo não importa no esvaziamento desse poder imprescindível à sociedade. Sua principal função permanece sendo a de compatibilizar a produção das normas jurídicas com as disposições da Constituição. Serve também como instrumento de conexão entre política e direito. Por adequar a vontade popular às normas do ordenamento jurídico, é conseqüentemente, o poder que mais sofre os efeitos da expansão do Judiciário.

Com isso, o Judiciário torna-se o último reduto político-moral de uma sociedade pluralista e complexa que não obtêm satisfação para todas as suas reivindicações e desacordos morais razoáveis. No âmbito da expansão do papel dos atores judiciais e do aumento da produção normativa, o debate público de temas cuja discussão caberia ao Parlamento é transferido para a Corte, caracterizando o fenômeno da acessibilidade dos espaços judiciais, em substituição à representação política tradicional (GUERRA, 2008, p.2).

Atualmente, as Constituições surgidas nos países sob a influência do neoconstitucionalismo, apresentam propriedade finalística ao concretizar direitos fundamentais e serem um meio para a efetivação do Estado do bem estar social. Estas Leis Fundamentais podem ser analisadas como ideologia constitucional ao expressar

uma carga axiológica aceita pelos representantes dos constituintes na fase de sua elaboração. Apresentam também a finalidade de regulamentar as relações políticas existentes no âmbito social, representando a judicialização dos fenômenos políticos.

Por conseguinte, o crescimento da jurisdição constitucional significou a interpretação e aplicação das normas constitucionais por órgãos da jurisdição e o controle de constitucionalidade das leis e atos do Poder Público. Através da expansão do Judiciário, foi verificada a necessidade de separação entre política e direito; há por isso, consequências próprias:

A jurisdição constitucional compreende duas atuações particulares. A primeira, de aplicação direta da Constituição às situações nela contempladas. A segunda atuação envolve a aplicação indireta da Constituição, que se dá quando o intérprete a utiliza como parâmetro para aferir a validade de uma norma infraconstitucional (controle de constitucionalidade) (BARROSO, 2008, p.5).

2.2 Judicialização da política e ativismo judicial: caracterização e distinções

A partir das transformações ocorridas nos sistemas jurídicos, o Poder Judiciário teve sua importância reconhecida quanto ao julgamento e interpretação da norma ápice do ordenamento. Somados a esse aspecto, a busca pela efetivação dos direitos fundamentais e a impossibilidade de o Estado solucionar a maior parte das demandas sociais, fez com que esse poder estatal passasse a atuar de modo pró-ativo, visando suprir a carência de deliberação por parte dos demais poderes políticos, em especial, o Legislativo.

A crise de representação parlamentar e a percepção do Judiciário como um canal aberto para os perdedores no debate político-partidário, tornou possível a ocorrência da judicialização das questões políticas e do ativismo judicial, fenômenos que se desenvolvem no âmbito das democracias constitucionalistas.

O protagonismo judicial é fenômeno que se faz presente de modo marcante nos ordenamentos jurídicos de *common law*, em decorrência da criação jurisprudencial do direito, o que não impede sua ocorrência em sistemas jurídicos de *civil law*, vez que a inserção de princípios nos textos constitucionais favoreceram interpretações legitimadoras das aspirações sociais.

A expressão ativismo judicial tem sido utilizada sem maiores cuidados,

impedindo que haja uma uniformização quanto ao seu conteúdo. Nem mesmo há o consenso acerca dos seus efeitos – se benéficos ou maléficos aos sistemas sociais. Na maior parte das vezes, a expressão torna-se muito genérica, correndo-se o risco de ser utilizada de modo indevido para favorecer determinadas opiniões sociais ou políticas.

A falta de precisão no emprego do conceito de ativismo judicial surpreende situações curiosas e embaraçosas, em que antigos adeptos da mais ampla criatividade do juiz, na empolgação do último argumento ou do interesse pessoal, tornam-se inimigos do fenômeno (BRANCO, 2011, p.388).

A definição adotada nesta pesquisa compreende o ativismo judicial como sendo a ampla conduta de participação do Poder Judiciário visando alcançar os fins e valores inseridos na Constituição. É consequência da retração do Poder Legislativo, que afasta o atendimento das necessidades sociais por parte do Poder Público.

Ativismo judicial é o exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e Tribunais em face dos demais atores políticos e judiciais, identificável e avaliável conforme a disciplina constitucional particular acerca da estrutura e do funcionamento da jurisdição constitucional e do arranjo institucional local, e que se manifesta sob diferentes comportamentos, todos transcendentais dos limites ordinários do papel institucional do Poder Judiciário (CAMPOS, 2011, p.551).

O ativismo foi originado na jurisprudência norte-americana, que apresentou novas decisões em termos de direitos fundamentais e a criação de novas práticas políticas sem que houvesse a efetivação dessas modificações pelo Congresso Nacional americano ou por decreto presidencial (BARROSO, 2011, p.233).

A nomenclatura *judicial activism* surgiu em um contexto não-técnico, objeto de um artigo de Arthur Schlesinger, em 1947 (intitulado *The Supreme Court*), o qual descrevia as alianças e divisões dos juízes que integravam a Suprema Corte americana. Não apresentou quaisquer mecanismos de reflexão metodológica ou conceitual para a divisão dos magistrados em grupos de “ativistas judiciais” e “campeões da autocontenção”. A expressão foi amplamente divulgada entre o público e conquistou vários adeptos, sendo englobado ao vocabulário de juristas nos mais variados ordenamentos jurídicos, inclusive, no Brasil.

Este fato destaca a complexidade quanto à definição do conteúdo do termo, que passou a ser utilizado tanto para indicar decisões com as quais não se concorda, bem

como para fazer referência ao afastamento das leis ou superação de precedentes. As discussões acerca dos limites do direito conduzem à análise da atuação dos órgãos governamentais na criação do direito. A ideia de que o direito é resultado unicamente da produção legislativa passou a ser questionada com a evolução das Constituições e o ativismo judicial (PAULA, 2011, p.285).

O direito é, normalmente, regido por normas jurídicas, que compreendem as ponderações realizadas anteriormente pela instância representativa do povo. Ao Executivo caberia unicamente a aplicação direta dos princípios quando ausentes os mandamentos editados pelo Poder Legislativo, enquanto que o Judiciário deveria agir, quando provocado, para que os princípios não aplicados pelos demais Poderes estatais fossem efetivados.

Ainda são perceptíveis as dificuldades no debate norte-americano em definir o ativismo judicial. Em grande parte, o fenômeno é tido por uma decisão não apreciável. Diante dessa ocorrência, Marshall (2002, p.104) identificou e elencou sete espécies de ativismo judicial, a depender das características do ordenamento jurídico sob análise. Vale ressaltar que essas formas não são fixas, podendo ser encontradas novas modalidades.

O ativismo contramajoritário caracteriza-se pela oposição em relação às decisões dos poderes diretamente eleitos; o ativismo não originalista significa o não reconhecimento de quaisquer formas de originalismo na interpretação judicial, sendo excluídas as considerações do legislador acerca do texto da Constituição.

O ativismo de precedentes refere-se à rejeição pelos tribunais aos precedentes estabelecidos. O formal ou jurisdicional apresenta a resistência das Cortes na aceitação dos limites impostos para a atuação da jurisdição constitucional. Já o ativismo material/criativo, é aquele resultante dos processos de criação de teorias e novos direitos na doutrina constitucional.

O ativismo remediador é marcado pelo uso do poder judicial para a imposição de condutas positivas ou para o controle dos demais poderes estatais. Por fim, o ativismo partidário é a utilização dos tribunais por grupos de interesses, para que sejam atingidos objetivos específicos de um partido político ou segmento social.

No ordenamento pátrio, verifica-se a forte presença do ativismo material (ou criativo) e partidário. A ocorrência do fenômeno teve início a partir do advento da Constituição de 1988, especialmente com o objetivo de serem efetivados os direitos fundamentais constantes na nova Carta e também como decorrência da crise do Poder

Legislativo.

O ativismo recebe críticas constantes por parte da literatura jurídica nacional: aqueles que são favoráveis a esta prática afirmam que, em um primeiro momento, o termo ativismo poderia transmitir a ideia de atividade vedada à magistratura, vez que configura criação de normas jurídicas. No entanto, defendem que este se faz necessário para que ocorra a defesa dos direitos fundamentais em face do legislador (COELHO, 2011, p.477).

Afirmam também que, o crescimento da atividade jurisdicional apontando as circunstâncias de, em algumas situações, o ativismo superar decisões tomadas em âmbito político-representativo, suprir omissões dos poderes políticos que violam direitos fundamentais ou no tocante à questão de, exercendo a função jurisdicional, irem os juízes além da função de legislador negativo, não demonstram que isso implica na atuação do Judiciário além do princípio da separação dos poderes ou que vem a ofender o princípio democrático (BRANCO, 2011, p.398).

Por meio dessas considerações, o ativismo é tido por benéfico ao ordenamento jurídico, representando o constante desafio para afastar interpretações que estejam em desacordo com a efetiva garantia constitucional dos direitos fundamentais pelo Executivo, Legislativo e Judiciário.

Posicionamento distinto é o referente aos aspectos negativos gerados pelo ativismo: a atividade mais intensa do Judiciário não pode conduzir a situações incompatíveis e em desacordo com as funções típicas dos poderes políticos, sob o risco de se desvirtuar o conteúdo democrático da Constituição (SAMPAIO JÚNIOR, 2011, p.413).

Deve ser observado que o ativismo não é primeiramente classificado como legítimo ou ilegítimo, havendo graus de intensidade quando da sua prática; do mesmo modo, o ativismo é referente a uma questão de postura institucional, e não de correção das decisões judiciais; possui também caráter dinâmico e contextual, ou seja, a depender da situação - partes, sistema jurídico, matéria, entre outros aspectos - as decisões podem ser elaboradas com base em uma postura mais intensa ou restrita judicialmente; por fim, o fenômeno ativista possui natureza multidimensional, significando que a depender dos critérios adotados nas decisões dos magistrados, o ativismo se manifesta de forma distinta (CAMPOS, 2011, p.557).

Do mesmo modo, cabe ressaltar que o ativismo não deve ser avaliado conforme o quantitativo de decisões proferidas. Explica-se: de acordo com essa concepção, os

magistrados ativistas são identificados como aqueles que intervêm excessivamente nas decisões dos demais poderes políticos, alterando sua separação e equilíbrio.

Dimoulis e Lunardi (2011, p.462) criticam essa visão quantitativa do ativismo, uma vez que não há critérios capazes de determinar como e em quais casos o juiz intervém pouco ou muito nos processos decisórios. Mesmo realizando-se comparações no tempo e nas jurisdições de diversos países, com o objetivo de demonstrar existência do ativismo judicial, não é possível concluir pela sua presença, já que um grande número de declarações de inconstitucionalidade não significa que um tribunal seja ativista.

[...] Sua atividade intensa pode ser consequência da atuação sistemática do legislador em desrespeito à Constituição ou da amplitude das competências judiciais em certo ordenamento. Não se pode chamar de “ativista” um médico que atende muitos pacientes durante uma epidemia! (DIMOULIS; LUNARDI, 2011, p.462) – grifos no original.

No Brasil, o ativismo judicial é verificado quando o Supremo Tribunal Federal aplica o conteúdo da Constituição a situações não previstas de modo expresso em seu texto e de modo independente da manifestação do legislador ordinário acerca do assunto. Também é observado por meio da declaração de inconstitucionalidade de atos normativos editados pelo legislador, baseados em critérios menos rígidos que os verificados quando da ocorrência de uma clara violação à Lei Maior. A imposição e determinação de abstenções nas condutas do Poder Público é outro aspecto que demonstra o ativismo judicial.

Essas características geram o distanciamento de juízes e de tribunais das competências que originariamente lhes são atribuídas pela Constituição, os aproximando da atividade de criação do direito, esta, no entanto, diversa àquela exercida pelo Poder Legislativo. Sob o aspecto substancial, o processo judiciário e o legislativo resultam em criação do direito. Contudo, o procedimento para a criação do direito difere. O juiz pode ser dinâmico e criativo sem que empregue meios idênticos aos de criação do direito utilizados pelo legislador.

[...] [E]sse novo juiz é aquele que faz o direito no momento em que decide as causas e as controvérsias, porque verdadeiro legislador não é a pessoa que primeiro escreveu ou ditou quaisquer normas jurídicas, mas quem dispõe de autoridade absoluta para interpretá-las, uma prerrogativa que se potencializa quando os enunciados normativos não veiculam comandos precisos ou regras de direito, antes se apresentam

como fórmulas abertas, como princípios jurídicos, que servem de ponto de partida e de apoio para que o julgador construa a decisão que repute correta e justa em cada situação hermenêutica (COELHO, 2011, p.485).

A conexão do pronunciamento judicial com os casos apresentados pelas partes, a imparcialidade do juiz, sua independência com relação às influências políticas, o caráter do contraditório, da ampla defesa e a circunstância de o processo não poder ser iniciado *ex officio* pelo tribunal, são os limites processuais que diferenciam o processo jurisdicional daqueles cuja natureza é essencialmente política, no caso, legislativa (CAPPELLETTI, 1999, p.76).

O ativismo nas decisões do Supremo Tribunal Federal fica evidenciado por meio das seguintes condutas: utilização de métodos interpretativos que possibilitam a criação de normas distantes do conteúdo literal da norma interpretada; ampla atuação processual; interferência no comportamento dos Poderes Legislativo e Executivo; aplicação de regras amplas ao caso a ser solucionado (CAMPOS, 2011, p.558).

Barroso (2011, p.234) e Dimoulis; Lunardi (2011, p.468) apresentam como fenômeno oposto ao ativismo, a autocontenção judicial. Por meio dessa conduta, o Poder Judiciário evita interferir nas ações do Executivo e do Legislativo, impedindo a aplicação direta da Constituição aos casos não expressamente previstos no seu plano de incidência – através da interpretação estrita, passando o Judiciário a depender do pronunciamento do legislador originário para que ocorra o julgamento destas questões, bem como, a abstenção da interferência por juízes e tribunais nas questões de políticas públicas e o uso de critérios conservadores para que haja a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos

Assim, para os doutrinadores acima referidos, enquanto o ativismo resulta em um grande número de julgados, a autocontenção compreende um reduzido número de processos cuja decisão foi proferida, sendo por isso, fenômenos distintos (BARROSO, 2011, p.234). No entanto, o ativismo pode estar presente mesmo quando verificada a autocontenção judicial. A ocorrência de uma dessas práticas não exclui a outra. Fenômeno oposto ao ativismo é a judicialização das questões políticas, que será estudado adiante.

Para ilustrar o referido acima, se poucas ações diretas de inconstitucionalidade (ADINs) sofressem julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, e, nessas poucas julgadas, os magistrados não utilizassem o texto constitucional diretamente, aplicando

regras que ultrapassassem seu conteúdo – não previstas na Constituição – estar-se-ia diante da autocontenção judicial, diante da retração quanto ao proferimento das decisões, juntamente com o ativismo, ao serem aplicadas hipóteses para a decisão não previstas diretamente na Lei Maior.

Nesse exemplo, o ativismo pode estar presente mesmo quando houver a prática da autocontenção judicial. A doutrina da *judicial self-restraint* apresenta-se fortemente nos Estados Unidos e tem como requisito básico a inconstitucionalidade evidente, onde, havendo dúvida acerca dos critérios a serem adotados em julgamento, prevalece a vontade do legislador.

Para a literatura jurídica brasileira, a autocontenção é manifestada em relação ao objeto do controle de constitucionalidade: os tribunais se abstêm do controle em determinados casos e não interferem nas questões políticas. Adota assim, uma conduta que impede a interferência do Poder Judiciário em assuntos politicamente controvertidos, impossibilitando que a Corte se torne instância cuja competência seja a de permitir que os vencidos em questões políticas possam anular a vitória da maioria (DIMOULIS; LUNARDI, 2011, p.469).

Para tanto, os juízes e tribunais, ao praticarem a autocontenção, evitam aplicar diretamente o texto constitucional a situações que não sofram incidência expressa da mesma, aguardando o posicionamento do Legislativo; utilizam critérios rígidos e conservadores ao declarar a inconstitucionalidade das leis e atos normativos; evitam interferir na determinação das políticas públicas.

Dessa forma, a autocontenção apresentada pela literatura nacional também afirma que

[s]e o julgador não puder fundamentar plenamente a inconstitucionalidade, deve aceitar a decisão do poder que possui a competência primária em cada caso. Dito de outra maneira, *a doutrina da autocontenção convida os julgadores a abster-se de um juízo de inconstitucionalidade que não possui plena justificativa e compromete o equilíbrio entre os poderes estatais* (DIMOULIS; LUNARDI, 2011, p.471) – grifos no original.

No Brasil, em período anterior à criação da Constituição Federal de 1988, era constantemente observada a ocorrência da autocontenção judicial do Poder Judiciário brasileiro. No entanto, com a nova Carta constitucional, esse quadro sofreu modificações, tornando constante a presença do ativismo nas decisões do Supremo Tribunal Federal.

O Judiciário, no Brasil recente, tem exibido, em determinadas situações, uma posição claramente ativista. Não é difícil ilustrar a tese. Veja-se, em primeiro lugar, um caso de aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário: o da fidelidade partidária. [...] Outro exemplo, agora de declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do Congresso, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição: o caso da verticalização. O STF declarou a inconstitucionalidade da aplicação das novas regras sobre coligações eleitorais à eleição que se realizaria em menos de um ano da sua aprovação. Para tanto, precisou exercer a competência de declarar a inconstitucionalidade de uma emenda constitucional, dando à regra da anterioridade anual da lei eleitoral (CF, art. 16) o *status* de cláusula pétrea (BARROSO, 2011, p.233).

No que se refere ao Poder Executivo brasileiro, afirma-se que pouco é verificada a superposição entre este e o Judiciário, no entanto, faz-se necessário analisar em capítulo específico a relação existente entre o Poder Executivo e Judiciário, posto que aquele poder também constitui um dos legitimados ativos para a propositura das arguições, elemento este que poderá ser determinante para a ocorrência da autocontenção judicial nas ADPFs.

Vê-se constantemente a presença da crise de representatividade no Legislativo, vez que as demandas sociais nem sempre são atendidas, transferindo-se ao Judiciário a tarefa de decidir as questões que competiriam ao Legislativo; desse modo, a expansão do Judiciário é favorecida.

A necessidade da proteção aos direitos fundamentais, antes pouco evidenciada no cenário jurídico brasileiro, passou a ter enorme importância, haja vista a situação econômica, política e social enfrentada pelo país. Com a redemocratização brasileira, o Poder Judiciário assumiu um papel decisivo, na medida em que representava a partir de então, um relevante espaço público de participação democrática realizador da materialidade da Constituição. Ocorreu certa aproximação entre o direito e a política, passando o político a ser, em alguns casos, processado – no sentido de apreciado e resolvido – pelo jurídico com o objetivo de respeitar e assegurar a proteção aos direitos e garantias fundamentais trazidos pela Lei Maior.

Com isso, as transformações institucionais ocorridas a partir da nova Carta Constitucional possibilitaram a ocorrência do processo de judicialização da política no Brasil, principalmente em relação às ações diretas de inconstitucionalidade, o que interferiu no aspecto do controle de constitucionalidade operado na fase de

redemocratização nacional: há elevado número de ADINs propostas perante o Supremo Tribunal Federal, bem como um alto índice dessas ações que passou pelo processo decisório.

A judicialização da política passou a fazer parte do âmbito da ciência política e do direito a partir da obra *The Global Expansion of Judicial Power*, coordenado por T. Vallinder e C. N. Tate (1995). Nesses estudos, apresenta-se a tentativa de definir o que vem a ser compreendido como judicialização. Assim, judicializar compreende:

[...] tanto (1) a expansão da atuação dos tribunais ou juízes em detrimento da atuação dos políticos e/ou administradores, ou seja, a transferência de poder decisório do Legislativo para os tribunais ou, finalmente, (2) a disseminação da decisão judicial através de métodos não pertencentes ao âmbito judicial adequado. Resumindo, podemos dizer que a judicialização envolve essencialmente a transformação de algo em uma forma de processo judicial (TATE; VALINDER, 1995, p.13) – tradução nossa.¹

No Brasil, ao ganhar o debate público, a ideia de judicialização passou a ser utilizada de forma ampla, seja referindo-se à obrigação legal de que um determinado tema seja apreciado judicialmente, às decisões particulares de tribunais que apresentam conteúdo político, à situação excepcional de maior número de conflitos políticos no Judiciário, especialmente nos períodos eleitorais ou ao novo regramento dos direitos fundamentais e à superação do modelo clássico da separação dos poderes do Estado, conduzindo à ampliação dos poderes de intervenção dos tribunais na política (MACIEL; KOERNER, 2002, p.115).

Assim, devido à polissemia do termo, é necessário que seu significado seja bem delimitado. Na definição adotada nesta pesquisa, o termo judicialização compreende o crescimento do poder decisório do Judiciário nas democracias contemporâneas, originado por alterações nos planos de execução das políticas públicas ao ser inserido o Poder Judiciário na proteção do sistema político (CARVALHO, 2004, p.1).

Além de tratar as metas políticas com o Legislativo, o governo passou a preocupar-se em executá-las de modo que não violasse a Constituição. Assim, a nova

¹ 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 politicians and/or the administrators, that is, the transfer of decision-making rights from the legislature, the cabinet, or the civil service to the courts or, at last, (2) the spread of judicial decision-making methods outside the judicial province proper. In summing up we might say that judicialization essentially involves turning something into a form of judicial process (TATE; VALLINDER, 1995, p.13).

estrutura institucional possibilitou a criação de um sistema político que tornasse viável a participação do Judiciário nos processos decisórios, passando a controlar os demais poderes do Estado.

Os tribunais passaram a modificar seu comportamento jurisprudencial, atuando a partir das lacunas institucionais deixadas pelo Executivo e Legislativo. Alterações nas formas interpretativas utilizadas pelas Escolas Jurídicas, a transferência de poderes do Legislativo e Executivo, a omissão destes poderes na resolução de conflitos, a constitucionalização dos direitos fundamentais, bem como a pressão por parte da sociedade civil, foram aspectos verificados a partir do momento em que o Judiciário sofreu expansão em suas funções, passando a ter credibilidade perante o público.

A judicialização da política é fenômeno decorrente do surgimento das Constituições escritas e da necessidade de respeito às mesmas, visando ao atendimento do interesse público pelo Estado. A situação de judicialização das questões políticas era fenômeno já verificado em ordenamentos jurídicos estrangeiros, notadamente no sistema do *common law*. Entretanto, nesse sistema é possível que as questões sejam levadas ao órgão independente do sistema judiciário: a Suprema Corte Americana, cujo controle jurisdicional caracteriza-se por ser difuso.

O controle difuso não foi previsto constitucionalmente a partir de uma delegação do poder legislativo, diferentemente do que ocorre em outros ordenamentos, pelos quais há a delegação determinada por meio da Constituição. Mesmo sem prever a separação dos poderes, a Constituição norte-americana aprimorou o controle mútuo do sistema político, permitindo assim, que a Suprema Corte realizasse o controle jurisdicional das questões de políticas públicas e parlamentares.

Desse modo, a possibilidade de o Judiciário intervir no processo decisório dos países do ocidente foi determinada a partir do caso “*Marbury x Madison*”, relatado pelo presidente da Suprema Corte Norte-Americana John Marshall, em 1803 e referido no capítulo antecedente.

A democracia é elemento necessário à judicialização, porém, não é suficiente para que ela seja praticada em um sistema jurídico. Desse modo, verifica-se a incompatibilidade entre a expansão do Poder Judiciário e os regimes políticos autoritários. A judicialização faz-se presente somente quando não há distanciamento entre a sociedade e o respectivo Poder Judiciário, assumindo esse o papel de exclusivo guardião da sociedade.

“A judicialização da política é um processo que se alimenta dos interesses econômicos e sociais centrais, que por sua vez estruturam o sistema político” (CARVALHO, 2004, p.118). Assim, a utilização dos tribunais pelos grupos de interesse tem por fim a obtenção de vetos, a partir dos quais seja possível efetivar seus interesses. A participação desses grupos nas ações judiciais é um indicativo de que existem condições favoráveis à judicialização em determinado ordenamento jurídico.

Interessante observar que no Brasil a separação dos poderes sofreu interferências decorrentes do regime militar ao ponto de os atos do Poder Executivo ultrapassarem os limites do controle realizado pelo Judiciário, que teve seus poderes reduzidos mediante os Atos Institucionais. Com o advento da Constituição de 1988, as competências de cada um dos poderes foram definidas, mas, diante da crise de representatividade, não foi possível atingir um equilíbrio absoluto no que se refere às interferências de um dos poderes públicos sobre os demais: atualmente, o Judiciário encontra-se fortalecido em decorrência da crise legislativa.

A inefetividade das instituições majoritárias é um aspecto que contribui fortemente para a prática da judicialização: em virtude da inércia dos demais poderes públicos na realização de políticas públicas e na satisfação das demandas sociais, os grupos de interesses recorrem aos tribunais, que por sua vez, acabam emitindo decisões para os conflitos.

A judicialização apresenta-se sob duas espécies (VALLINDER, 1995, p.16): a primeira forma compreende a reação do Poder Judiciário face à provocação de terceiro, visando que decisão emanada por um dos poderes políticos seja revisada, tendo por base a Constituição; essa é a denominada judicialização *from without*, através da qual o Judiciário expande seu poder de atuação.

A segunda modalidade de judicialização é a *from within*, pela qual os juízes transmitem à administração pública a utilização de elementos jurídicos; desse modo, são incorporados às instituições administrativas métodos e procedimentos típicos do Poder Judiciário. A judicialização *from without* é a espécie que se apresenta na maior parte dos casos, correspondendo ao controle de constitucionalidade. Nele, as decisões recebem maior repercussão por envolverem temas socialmente polêmicos.

A judicialização da política destaca as preferências dos atores judiciais, sendo esse aspecto decorrente da expansão do Judiciário. Para sua ocorrência, faz-se necessário que os integrantes do Poder Judiciário participem da efetivação das políticas públicas – resultados do jogo político (*policy-making*) no lugar dos integrantes do poder

governamental (COUTO; ARANTES, 2006, p.47). Simultaneamente, o papel político dessas decisões judiciais passa a apresentar-se de modo mais forte do que uma função política que não esteja integrando uma decisão.

A presença da judicialização nos ordenamentos jurídicos apresenta-se como efeito da expansão da jurisdição constitucional sobre as políticas públicas da maioria (*policy-making*), por meio da qual atores políticos vencidos no processo legislativo acionam o Poder Judiciário para que este emita decisões acerca da constitucionalidade das políticas públicas aprovadas pelo grupo de interesses majoritários.

Uma segunda justificativa para a ocorrência da judicialização nas ordens jurídicas refere-se à estrutura institucional e suas regras: os tribunais, órgãos independentes dos interesses das maiorias executivas e parlamentares, podem emitir decisões sem constrangimentos (*unconstrained courts approach*). De acordo com essa abordagem, os juízes são agentes livres nas suas relações com os grupos e forças políticas, preocupando-se com a revisão e a atribuição de relevância às normas constitucionais (CARVALHO, 2009, p.317).

No caso dos tribunais constitucionais, os mesmos não sofreriam constrangimentos em relação ao processo decisório, uma vez que os atores políticos afetados pelas decisões judiciais não possuem instrumentos capazes de revertê-las.

Nesse sentido, existe uma relação assimétrica entre o Parlamento e a corte. Este último pode revogar uma lei do primeiro através do voto de uma maioria simples ou qualificada. Já o primeiro só pode derrubar um veto da corte através de uma emenda constitucional ou através de procedimentos que exigem maioria qualificada no Parlamento (CARVALHO, 2009, p.318).

A ausência de interferências sobre o Poder Judiciário apresenta ressalvas: é possível que existam constrangimentos internos no campo jurisdicional (pressão dos pares, tradição do tribunal/corte, a necessidade de justificar as decisões) e externos (opinião pública, repercussão das decisões na sociedade).

Com isso, a judicialização apresenta tanto o aspecto substancial, relativo ao comportamento do Judiciário e seu contexto histórico, quanto o procedimental, que está relacionado ao significativo aumento das ações judiciais e à participação dos grupos de interesses nos processos levados ao Judiciário (MACIEL; KOERNER, 2002, p.114).

No aspecto constitucional, a judicialização da política decorre do novo estatuto de proteção dos direitos fundamentais e à superação do modelo de separação dos

poderes do Estado, o que provoca uma ampliação dos poderes de intervenção dos tribunais na arena política, através da efetiva participação no processo referente à formulação e/ou implementação de políticas públicas – a política se judicializa com o objetivo de promover o encontro da comunidade com o seu sistema de valores constitucionalmente assegurado (MACIEL; KOERNER, 2002, p.117).

Diferentemente do caso norte-americano, a Constituição Federal brasileira de 1988 atribuiu ao Judiciário a legitimação para atuar no cenário político com o objetivo de proteger os vários direitos fundamentais por ela trazidos. Estabeleceu, a partir desse momento, os contornos e limites institucionais de atuação da política democrática tendo o Judiciário como o poder a quem compete garantir a respeitabilidade a esses núcleos constitucionais.

Essa legitimação fez-se presente com a produção legislativa pós 1988, verificando-se que o Brasil permaneceu em uma espécie de agenda constituinte em decorrência da utilização tanto de dispositivos com caráter de princípios fundamentais, quanto de políticas governamentais na Carta de 1988. A tomada de decisões e implementação de políticas governamentais foram atividades não apenas exercidas no plano infraconstitucional, mas também, na própria Constituição (COUTO; ARANTES, 2006, p.42).

Assim, a permanência da agenda constituinte foi resultado da constitucionalização formal de vários dispositivos que apresentam caráter de políticas públicas pela Lei Maior de 1988, com fortes consequências para o modo de operar do sistema político brasileiro.

A inserção das políticas públicas na Constituição deu-se no momento dos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte, possibilitando a introdução de conteúdos particularistas, conforme os interesses de cada uma das comissões e subcomissões temáticas. “Este processo descentralizado, o *quorum* de maioria simples e a ausência de um projeto-base do qual se pudesse partir constituíram fatores favoráveis à introdução no texto dos mais variados dispositivos” (COUTO; ARANTES, 2006, p.44).

Essa forma especial de estruturação do texto constitucional causou impactos relevantes sobre o sistema de justiça, uma vez que o órgão de cúpula do Judiciário (Supremo Tribunal Federal) passou a ser acionado mais vezes para realizar o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, estes, nem sempre atinentes a princípios e direitos fundamentais, mas sim, direcionando-o às políticas públicas não satisfeitas

pelo Legislativo e Executivo.

Nesse sentido, a atuação do Judiciário na arena política não é, pois, uma distorção institucional, mas uma atividade decorrente da atribuição do próprio Poder Legislativo, uma vez que decorre dos imperativos de garantia dos direitos fundamentais e da própria democracia presentes na Carta Constitucional de 1988 e representa um reforço à lógica democrática, já determinado pelo constituinte originário (VERBICARO, 2008, p.391).

Possuindo não só a função institucional de guarda da Constituição, o Supremo exerce também as funções de solucionar as controvérsias e de estabilização da interpretação constitucional no regime de controle de constitucionalidade misto. Logo, a mais alta corte do judiciário brasileiro não é um meio para solucionar questões particulares, mas situações que envolvem maior complexidade e repercussão na sociedade.

No sistema de controle de constitucionalidade praticado no Brasil a revisão judicial exercida tanto sob o âmbito difuso, quanto pelo concentrado, torna possível obter pronunciamentos da mais alta Corte (Supremo Tribunal Federal) através de recursos ou de instrumentos processuais específicos. Com isso, grupos de oposição podem recorrer ao Judiciário para promover ou impedir reformas sociais apresentadas por grupos de interesses majoritários.

No Brasil a judicialização da política é oriunda do modelo constitucional analítico e do sistema de controle de constitucionalidade adotado. O modelo analítico da Constituição caracteriza-se por apresentar maior detalhamento das normas referentes à organização e funcionamento do Estado, maior relação de direitos fundamentais ou de direitos humanos e maior número de regras que regulam situações específicas (TAYLOR, 2008, p.826).

Por ser muito abrangente, a Carta Magna de 1988 tem como guardião final o Judiciário, cuja atuação pode ter início através do controle difuso ou de ações específicas. Referida atribuição faz com que o Poder Judiciário tenha a palavra final para decidir em diversos casos – tanto relacionados a direitos fundamentais quanto a políticas públicas (MEDEIROS, 2011, p.530).

A ampliação da jurisdição constitucional brasileira favoreceu o processo de judicialização da política a partir do momento em que atribuiu a qualquer partido político com representação no Congresso nacional, às representações nacionais da sociedade civil organizada e às principais instituições dos Estados-membros, o poder de

recorrer ao Supremo Tribunal Federal para ter garantias fundamentais asseguradas à sociedade.

No processo de judicialização da política cabe ao Judiciário decidir, pois está inserido no âmbito de sua competência o julgamento da questão, ao passo que o ativismo judicial decorre da retração dos Poderes Executivo e Legislativo, passando os juízes a interpretar de modo amplo a Constituição, com base nas experiências pessoais decorrentes de sua vida. O alcance das disposições originadas pelo ativismo tem aplicabilidade mais estendida.

Os grupos de oposição, quando utilizam os tribunais para impedir as alterações que estão em curso – estas, realizadas pela maioria – demonstram que as ações diretas de inconstitucionalidade passaram a ser utilizadas como meio para contestar políticas, gerando nova situação favorável a judicializar a política.

A ineficiência das instituições majoritárias é outro importante fator presente na judicialização brasileira. Alguns tribunais, ante a impossibilidade de negarem uma decisão, sofrem a obrigatoriedade de finalizar conflitos cuja competência para a resolução deveria ocorrer no âmbito político. A ineficiência das instituições majoritárias consiste na incapacidade em concederem efetividade às demandas sociais.

O tema da judicialização da política é polêmico e se expressa em pelo menos dois sentidos nas ciências sociais: ora sendo compreendido como um movimento que representa a continuidade da utilização do direito como fetiche, nada mais que uma racionalização ideológica, que legitima a exploração capitalista; ora sendo percebido como uma conquista da sociedade na defesa da cidadania nas democracias contemporâneas (SIERRA, 2011, p.257).

Opiniões desfavoráveis à judicialização compreendem o fenômeno como uma invasão indevida do Poder Judiciário nas funções específicas do Executivo e Legislativo; em consequência, a Constituição estaria sendo desrespeitada. Contudo, a afirmação não se justifica, vez que a judicialização não compreende a ruptura ao princípio da separação dos poderes ou mesmo a interferência imotivada nas atividades dos demais poderes do Estado.

Ainda sob a perspectiva que aponta os aspectos negativos do fenômeno, se este for considerado um processo que coloca em risco a democracia, maior ainda seria este perigo, uma vez que o sistema híbrido brasileiro de controle constitucional contribui para essa ameaça; a presença da judicialização no ordenamento jurídico brasileiro possui aspectos ainda desconhecidos, o mesmo ocorrendo nas democracias ao redor do

mundo (MACIEL; KOERNER, 2002, p.117).

Para seus defensores, não há positivação de direitos sem que antes o Poder Judiciário tenha interferido na esfera política para alcançar o cumprimento de tais garantias (SAMPAIO JÚNIOR, 2011, p.421). A judicialização da política é consequência natural da nova faceta da jurisdição no Estado Democrático de Direito, na qual o Judiciário tem por finalidade a concretização dos valores e garantias constitucionais, sem, contudo, não se confundir a judicialização com o uso de métodos políticos pelo Judiciário.

Ou seja, a atuação ostensiva do Poder Judiciário passa a ter papel de controle de constitucionalidade e, ao exercer o controle de constitucionalidade, acaba até mesmo por negar efeito à norma produzida pelo Poder Executivo e Poder Legislativo. Por consequência, não se pode negar que a judicialização da política amplia a análise pelo Poder Judiciário das questões políticas, não significando necessariamente que os juízes decidam por critérios políticos (SANTOS, 2003).

No fenômeno da judicialização, o Poder Judiciário tem como diretriz para sua atividade a Lei Maior, sendo vedadas decisões fundamentadas em critérios de oportunidade e conveniência conforme ocorre com o Legislativo e Executivo (SAMPAIO JÚNIOR, 2011, p.422).

O processo de judicialização desenvolve-se sob três etapas: primeiro, quando há o ajuizamento de processos perante os órgãos do Poder Judiciário; depois, no julgamento do pedido liminar e finalmente, quando as ações sofrem julgamento em seu mérito ao final do processo. Cabe destacar que os grupos de interesses são responsáveis por judicializar determinados temas, não os tribunais: esses respondem à judicialização promovida por aqueles.

A judicialização das questões políticas apresenta a politização do Judiciário como um de seus efeitos, muitas vezes confundida com a própria judicialização. A politização do judiciário ocorre quando os magistrados recebem influências decorrentes das repercussões de ações políticas e coletivas (BRITO, 2010), quando as minorias visam impedir as ações dos grupos majoritários.

Se na idéia da política judicializada estão em evidência modelos diferenciados de decisão, a noção de politização da justiça destaca os valores e preferências políticas dos atores judiciais como condição e efeito da expansão do poder das Cortes. A judicialização da política requer que operadores da lei prefiram participar da *policy-making* a

deixá-la a critérios de políticos e administradores (MACIEL; KOERNER, 2002, p.114) – grifos no original.

A principal diferença entre a judicialização e o ativismo consiste no fato de que, quando exercido legitimamente, o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, construindo especialmente regras específicas de conduta a partir de princípios e conceitos jurídicos indeterminados, sem invadir o campo da livre criação do direito – função de competência do Legislativo – enquanto a judicialização consiste na resposta dos Tribunais em relação às questões a ele conduzidas pelos grupos de interesses. Por sua vez, segundo a concepção adotada majoritariamente pela literatura brasileira, a autocontenção se caracteriza em possibilitar uma maior atuação dos Poderes políticos, tendo por circunstância fundamental o grande respeito em relação às ações e omissões desses últimos, restringindo assim, o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas.

A judicialização é fenômeno decorrente da própria classe política e dos grupos de interesses, quando da elaboração da norma constitucional pelo legislador originário e, por conseguinte, previsto constitucionalmente, assim como quando conduzem temas ao Judiciário; caracteriza-se por ser uma prática oposta à autocontenção judicial. O ativismo, por sua vez, é tido por uma prática jurisdicional através da afirmação do Poder Judiciário para além dos limites determinados pelo ordenamento jurídico.

A Judicialização da política e ativismo judicial são fenômenos inconfundíveis: a judicialização decorre do desdobramento do desenho institucional trazido pela Constituição de 1988, que enquadra o Poder Judiciário como última instância de decisão em termos de aplicação de direitos e garantias fundamentais, enquanto o ativismo caracteriza-se pela adoção de uma postura proativa do Poder Judiciário. O ativismo judicial não significa obrigatoriamente que ocorra atrito entre os poderes, já que a mesma pode também ser verificada na falta de atuação dos mesmos (MEDEIROS, 2011, p.538).

2.3. Interação entre direito e política na efetivação dos mandamentos constitucionais

A expansão da atuação do Judiciário tornou-se possível devido à densificação do

princípio da supremacia das normas constitucionais, o que representou a submissão de todos os Poderes estatais às disposições contidas na Lei Maior. Também a inserção dos direitos fundamentais nas Constituições resultou em um novo modo de raciocínio jurídico por meio do qual tribunais e juízes começaram a exercer um juízo que aplica a otimização dos princípios no que se refere às possibilidades de fato e de direito.

Sendo o instrumento que estabelece a interação entre direito e política, a Constituição recebeu o atributo de transformar o poder constituinte originário em poder constituído, convertendo a atividade política em instituições do Estado. A Lei Maior atribui as competências aos poderes: ao Legislativo a criação do direito positivo, ao Executivo a administração das entidades estatais sua e manutenção e ao Judiciário cabe a aplicação do direito quando da ocorrência de litígios entre partes (BARROSO, 2007, p.18).

As mudanças de paradigma proporcionaram o surgimento de novas teorias hermenêuticas, visando adequar a interação entre o direito e a política, uma vez que a jurisdição constitucional encontra-se inserida no contexto político justamente por ordenar e potencializar o regime democrático e o pressuposto no qual o mesmo está fundamentado, que é a igualdade entre pessoas.

A política oriunda dos poderes Executivo e Legislativo caracteriza-se por conter posicionamentos valorativos, influências das experiências sociais, morais e emocionais de cada um dos membros que compõem o Legislativo e o Executivo no que se refere à adoção de posturas para decidir questões de caráter público.

O Poder Judiciário utiliza-se de tais valorações nos casos não previstos na Constituição Federal e nos quais os outros dois poderes abstiveram-se em adotar seu posicionamento. Por isso, os casos práticos demonstram que eles não são totalmente indissociáveis, podendo ser considerada a existência de conexão de um campo sobre o outro.

Na política, vigoram a soberania popular e o princípio majoritário. O domínio da vontade. No direito, vigora o primado da lei (*the rule of law*) e do respeito aos direitos fundamentais. (BARROSO, 2007, p.17).

Com isso, deve-se atentar que, a partir desses elementos, a atividade judicial apresenta uma dimensão política, que o distingue do exercício de atividade partidária: não há legitimidade quando o magistrado utiliza argumentos de determinado grupo social em virtude de motivações religiosas, filosóficas ou de qualquer outra ordem para

fundamentar suas decisões (MENDONÇA, 2009, p.242). A dimensão política resta caracterizada na busca pela efetivação do conteúdo constitucional e no respeito ao princípio federativo de organização do poder do Estado.

Barroso (2011, p.252) afirma que as decisões judiciais possuem teor isento de questões políticas, mantendo-se totalmente independentes de questões tendenciosas, de livre escolha ou partidarizadas. Esse posicionamento defende que as decisões judiciais nunca serão políticas no que se refere à discricionariedade.

Para estes, basta afirmar que o Direito não é política, apesar de na sua origem, ser produto desta – que são institutos independentes. Esta separação seria atingida por meio da atribuição de caracteres próprios da atividade do magistrado, que impliquem na independência entre as atividades do Legislativo e Judiciário, como por exemplo, as garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade dos vencimentos.

Mesmo havendo a referida crença de que o processo decisório não sofre influência das ideologias do magistrado e também do cenário político, a questão a ser julgada ganha contornos políticos pela possibilidade de uma política pública ser afetada pelos efeitos dessa decisão judicial.

A afirmativa de que a decisão é imune às influências políticas não se mantém, uma vez que a norma representa a vontade da maioria legislativa responsável por sua aprovação. A concordância ou discordância do juiz com o seu conteúdo demonstra que o magistrado tende a se posicionar em prol da vontade da maioria ou das minorias, com isso interferindo na democracia e no resultado da decisão.

Não mais se entende que direito e política são campos totalmente separados e cuja conexão deve ser reprimida para o bom funcionamento do Estado. Na verdade, como se verá, no fundo sempre houve latente a possibilidade de conexão maior do que se pensava entre a arena política e o canal judicial (PAULA, 2011, p.273).

Assim, verifica-se que os institutos da política e do direito não são indissociáveis, não mais havendo a possibilidade de ser justificado o mito da separação absoluta entre ambos. Com a multiplicação dos direitos fundamentais nos ordenamentos jurídicos pós-positivistas, e assim, marcados pelo neoconstitucionalismo, passou a ser protegida a ideia de que eles são compreendidos por princípios que podem ir de encontro em casos específicos, tornando-se uma exigência social a aplicação de cada um dos direitos fundamentais (PAULA, 2011, p.271).

A forte atuação do Judiciário é decorrente de sua inserção no plano

constitucional, como poder capaz de resguardar o cumprimento das garantias fundamentais. A força política dos juízes constitucionais depende de variados aspectos associados ao contexto da jurisdição constitucional, especialmente a relação estabelecida com a opinião pública; essa força política compreende a consolidação dos valores políticos previstos na norma constitucional, o que os diferencia dos valores provenientes do Legislativo e Executivo.

Interpretar uma lei consiste na compreensão e transmissão do significado e alcance de uma disposição jurídica. No caso de apresentarem inconsistências em relação ao conteúdo que pretendem transmitir, será estabelecida uma atividade direcionada ao conhecimento do significado a ser estabelecido perante a ordem jurídica, constituindo o objeto dos preceitos e normas nelas existentes (BETTI, 1971 p.280).

A imprescindibilidade da interpretação decorre, por conseguinte, da amplitude normativa constitucional e da proteção a direitos conflitantes ou de conceitos vagos. Os precedentes do Supremo Tribunal Federal, as teorias hermenêuticas e o texto constitucional são elementos que servem de fundamento para as decisões dos casos difíceis e também como limitadores da arbitrariedade que por ventura possa vir a ser cometida pelo intérprete (MELLO, 2011, p.360).

Verifica-se no ordenamento jurídico brasileiro uma tendência à progressiva conferência de *efeitos normativos* às decisões proferidas pelo STF. Essa tendência mostra-se presente na criação das súmulas vinculantes (Emenda constitucional nº 45/2004). Ela se verifica, igualmente, na expansão dos mecanismos de controle concentrado de normas, de que são exemplos a criação da ação declaratória de constitucionalidade e a regulamentação da arguição de descumprimento de preceito fundamental (MELLO, 2011, p.361).

Nesse contexto, deve-se observar, portanto, que nem todos os casos são passíveis de decisão com base nas leis pré-existentes ou em teorias hermenêuticas acerca do modo pelo qual devem ser interpretadas: nas situações em que há ausência de normas específicas e cuja solução não é possível com recurso ao texto da norma, o uso de conceitos jurídicos indeterminados, as regras imprecisas ou a presença de normas que possuem modos de solução distintos, favorecem a discricionariedade judicial, esta, contudo, não com o sentido de arbitrariedade.

É o que ocorre com os denominados casos difíceis ou inéditos (*hard cases* ou *leading*). O caso que comportar mais de uma solução é decidido pelo juiz de forma a

adequar-se aos elementos apresentados pelo caso concreto. Para isso, é necessária a interpretação judicial das normas.

Conseqüentemente, um dos fatores que contribuíram para a prática do ativismo judicial foi a resolução dos *hard cases*, em decorrência de envolverem casos complexos e cuja solução não está prevista nos textos normativos. Desse modo, tornou-se necessário o exercício do poder discricionário pelos magistrados, efetivando a primazia dos fatos sociais sobre a subsunção da lei aos casos concretos (RIBEIRO, 2008, p.90).

Assim, “a normatividade dos princípios constitucionais aumenta o espaço de criação inerente à interpretação jurídica, exigindo dos aplicadores um esforço de fundamentação material nas decisões” (MENDONÇA, 2009, p.225).

O convencimento dos juízes constitui elemento importante na formação de sua convicção em determinadas matérias, sendo a fonte que contém a ideologia e se relaciona com o modo pelo qual uma decisão é adotada e fundamentada.

Correntes doutrinárias que justificam a ausência de discricionariedade no processo decisório não apresentam como consequência a circunstância de a atividade do Judiciário sofrer determinações conforme as regras do formalismo jurídico, pelo qual, os magistrados estarão submetidos aos desígnios do poder, sendo o Judiciário reduzido a um poder subordinado ao reproduzir as palavras da lei, passando a jurisdição a ser uma atividade intelectual e impossibilitando o julgador de adicionar uma parcela volitiva aos seus julgamentos. Segundo o formalismo, a tarefa do juiz deveria limitar-se a expressar a “vontade da lei” ou a vontade do legislador; qualquer atividade interpretativa estaria sobrepondo o Judiciário aos demais poderes do Estado como também, os magistrados estariam adotando uma postura ativista quando do julgamento das questões de sua competência. (SILVA, 2004, p.92).

O posicionamento defendido pela corrente formalista também não evidencia o aspecto de que a legislação é um modo de criação do direito, modo esse diverso da criação realizada pelo Poder Judiciário, praticada por meio da interpretação das leis. O reconhecimento de que na interpretação do direito operado pelo Poder Judiciário há determinado grau de criatividade, não significa que há criação do direito nos moldes do processo legislativo (CAPPELLETTI, 1999, p.20).

Na realidade, inexistente oposição entre os conceitos de criação do direito e de interpretação deste. O que varia é o grau de criatividade e os limites da criação do direito, no caso brasileiro, pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar os casos que lhe são apresentados. A criatividade e a discricionariedade são ínsitas à atividade interpretativa.

Em alguma forma, toda interpretação é criativa, sempre existindo um grau mínimo de discricionariedade na atividade jurisdicional (CAPPELLETTI, 1999, p.42).

Contudo, poderá haver também maior espaço para a discricionariedade dos magistrados nas decisões quanto mais imprecisos forem os elementos do direito e mais vagas as leis. Essa é uma das causas da acentuação que teve o ativismo judicial.

A relação entre a atividade judicial e o Poder Legislativo é uma questão crucial para as ciências sociais dos tribunais, vez que a elaboração de leis ou a adaptação das regras é a atividade mais marcante dos poderes públicos. Em sistemas jurídicos ocidentais, dificilmente se pode negar que os tribunais elaboram normas, uma vez que essas atividades são minuciosamente registradas na jurisprudência, e assim, é impossível negar que os juízes são agentes políticos (SHAPIRO; SWEET, 2002, p.90).

O que caracteriza a função de um magistrado ou de um tribunal não é a ausência de criatividade na interpretação das leis, mas sim a ligação da decisão com as controvérsias e as partes integrantes do caso concreto, a imparcialidade do juiz e independência formal em relação às influências exercidas pelos poderes políticos (CAPPELLETTI, 1999, p.75).

[...] [A] criatividade jurisdicional – criatividade do direito e de valores - é ao mesmo tempo inevitável e legítima, e que o problema real e concreto, ao invés, é o da medida de tal criatividade, portanto de restrições. (...) Os juízes não podem fazer menos que participar na atividade de produção do direito, ainda que, no limite, tal não exclua inteiramente a possibilidade de o legislador ab-rogar ou modificar o direito jurisdicional (CAPPELLETTI, 1999, p.103).

A ponderação consiste em desfazer a antiga opinião da filosofia política, inserida ao paradigma do direito liberal: a rigorosa separação entre os poderes, de modo que as autoridades políticas tenham a solução final para questões morais e sociais, atribuindo às instâncias judiciais a função de defesa do que foi decidido politicamente (PAULA, 2011, p.272).

Por conseguinte, bom senso e prudência devem ser utilizados pelo juiz na atividade da jurisdição constitucional, respeitando a soberania popular para que sejam cumpridos os direitos fundamentais. A liberdade do intérprete da norma há de ser responsável e auto-controlada, visto que é inadmissível a introdução nos textos de lei de conteúdos incompatíveis com o ordenamento jurídico.

É dentro desse contexto de expansão do Poder Judiciário, de interação entre

direito e política, do ativismo e da judicialização, que se torna necessário verificar quais elementos têm contribuído para o reduzido julgamento das arguições de descumprimento de preceito fundamental, posto que constituem importante mecanismo de proteção aos preceitos fundamentais e estão compreendidas no mesmo plano jurídico das decisões das ações diretas de inconstitucionalidade, estas, por sua vez, apresentando características marcantes de judicialização e ativismo em seu processo decisório.

CAPÍTULO 3 – AS ARGUIÇÕES DE DESCUMPRIMENTO A PRECEITO FUNDAMENTAL E O FENÔMENO DA AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL

3.1 Caracterização do instituto das ADPFs

Em decorrência da valorização da atividade do Poder Judiciário pelo Constituinte Originário através da promulgação do texto constitucional de 1988 e a necessidade de efetivação dos direitos e garantias fundamentais, novos mecanismos de controle de constitucionalidade foram criados no ordenamento jurídico brasileiro, dentre eles, destacando-se a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), objeto de estudo da presente pesquisa.

A arguição de descumprimento de preceito fundamental compreende um dos instrumentos criados para proteger as diretrizes básicas de consolidação do Estado Democrático de Direito da República Federativa do Brasil, como a tripartição de poderes, o federalismo e os direitos e garantias fundamentais, estabelecidos pela Constituição Federal de 1988.

Através da ADPF, tem-se por objetivo evitar ou reparar lesão a preceito fundamental decorrente de atos praticados pelo Poder Público e também quando relevante o fundamento da controvérsia constitucional referente à lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

Mesmo configurando inovação no ordenamento jurídico pós 1988, nem sempre as ADPFs são reconhecidas como meio apto para solucionar descumprimentos aos mandamentos constitucionais: por apresentarem reduzida utilização, alguns doutrinadores defendem a inutilidade do instituto, chegando a apoiarem a extinção do mecanismo, por eles considerado ineficiente.

A tese que defendo pode ser sintetizada na ideia de que a melhor providência a ser tomada para aperfeiçoar o controle de constitucionalidade brasileiro reside em uma mudança normativa que contemple a extinção da arguição de descumprimento de preceito fundamental do panorama de controle vigente, com a correspondente incorporação das matérias passíveis de aferição em seu objeto no bojo da ação direta de inconstitucionalidade genérica. (CRUZ, 2011, n.p.).

Argumentos como esse contribuem para que o instituto deixe de ser pesquisado, acabando por ter sua importância esvaziada frente ao controle concentrado. Tal

posicionamento relaciona-se ao fato de, em virtude da prática do ativismo e da judicialização presentes nas ações diretas de inconstitucionalidade, estas apresentarem maior quantitativo de ações julgadas em oposição às ADPFs, chamando maior atenção dos pesquisadores à investigação da pró-atividade do Poder Judiciário (ativismo) e da judicialização.

Institutos que encontram-se no contexto da judicialização e do ativismo apresentam grande repercussão social dos seus julgados – inclusive por meio da divulgação proporcionada pela mídia – com efeitos concretos sobre o âmbito jurídico. Assim, verifica-se uma das razões pelas quais as ações diretas de constitucionalidade integram grande parte dos estudos referentes à implementação de políticas públicas, judicialização, legitimidade democrática e ativismo judicial.

A partir dessa ocorrência, tem-se um juízo de valor errôneo acerca da utilidade e importância das arguições de descumprimento: se poucas são as ADPFs julgadas, elas não seriam relevantes ao sistema jurídico brasileiro, podendo haver sua incorporação por outros mecanismos de controle constitucional.

Contudo, não é possível que seja estabelecida tal premissa sem que antes seja feita uma análise aprofundada do instituto das ADPFs, vez que é necessário o estudo da causa que tem feito com que o Supremo Tribunal Federal não profira julgamentos em sede de ADPF. Para isso, é necessário o exame das possíveis causas de estagnação do processo decisório das ADPFs, dentre elas, a existência de autocontenção judicial – fenômeno pouco pesquisado no âmbito jurídico brasileiro e que por isso, será analisado neste capítulo.

Outro aspecto que pode estar contribuindo para a defesa da extinção das ADPFs, é o relativo aos assuntos veiculados nessas ações, especialmente quando comparados com as ADINs: mesmo a Carta Constitucional de 1988 e a lei 9.882/99 tendo previsto a ADPF e determinado os casos para sua utilização, nenhuma dessas normas estabeleceu uma definição exata do que seriam esses preceitos fundamentais a serem protegidos pela ação, atribuindo-se tal definição ao exercício jurisprudencial do STF, ao julgar as próprias arguições de descumprimento de preceito fundamental.

A argüição é medida tão primordial (ou principal) quanto a ação direta de inconstitucionalidade — ou até de relevância superior, se se quiser atentar para a “qualificação” das normas constitucionais tuteladas (apenas os preceitos fundamentais da Constituição) (TAVARES, 2008, p.324).

As tentativas doutrinárias e jurisprudenciais de estabelecer a definição para o termo preceito fundamental acabam frustradas, remetendo a explicações que abarcam a maior parte das garantias e direitos previstos constitucionalmente, admitindo-se interpretações que ampliem a possibilidade de ajuizamento de uma arguição de descumprimento com base nos denominados “novos direitos”, decorrentes do processo de aumento dos bens a serem tutelados, do advento de sujeitos de direito diversos e pela ampliação da proteção jurídica à criança, à pessoa com deficiência, ao idoso, entre outros.

Mesmo não solucionadas as divergências acerca de quais elementos compõem os preceitos fundamentais, entendemos que estes não significam todo e qualquer preceito contido na Constituição, mas um conjunto de normas pode ser assim classificado por conter alguns dos princípios fundamentais. Podem ser indicados como preceitos fundamentais já reconhecidos pela jurisprudência de nossa Suprema Corte: a separação dos poderes, os direitos e garantias individuais, os princípios do Estado Democrático, portanto, soberania, dignidade da pessoa humana, cidadania, livre iniciativa, pluralismo político, valores sociais do trabalho; os direitos fundamentais individuais e coletivos; os direitos sociais; os direitos políticos, a prevalência das normas relativas à organização político-administrativa; a distribuição de competências entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios; entre o Legislativo, Executivo e Judiciário; a distinção de rendas, garantias de ordem econômica e financeira, enfim, todos os preceitos que garantem a estabilidade e a continuidade da ordem jurídica democrática (CORRÊA, 1991, p.157).

É fácil de ver que a amplitude conferida às cláusulas pétreas e a idéia de unidade de Constituição acabam por colocar parte significativa da Constituição sob a proteção dessas garantias (MENDES, 2009, p.80).

Com isso, restringe-se a possibilidade de ser inadmitida uma ADPF em função de o requerente, quando do ajuizamento da ação, não apresentar o preceito fundamental estabelecido como correto pela lei, aumentando o âmbito de proteção conferido pela lei 9.882/99. Além disso, o conceito indeterminado é útil para o reconhecimento histórico dos preceitos fundamentais, o que favorece sua constante renovação (CRUZ, 2011, n.p.).

Ao instituir um mecanismo de controle constitucional inédito em face dos atos do Poder Público, a Lei Maior de 1988 prevê em seu art. 102, § 1º, “A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada

pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”. Mesmo já previstas pela redação original da Constituição de 1988, foi apenas por meio da lei 9.882/99 que as ADPFs ganharam efetividade, vez que a redação constitucional que versava sobre o instituto exigia sua regulação por lei.

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal, como intérprete final da Lei Maior, configura o órgão competente para o julgamento das ADPFs, possuindo a atribuição de delinear o objeto, os pressupostos de admissibilidade e as características peculiares desse novo instrumento de controle de constitucionalidade (BERNARDINA; JEVEAUX, 2006, p.28), o que lhe permite exercer um controle maior sobre a fundamentação das decisões a serem proferidas.

Com a promulgação da lei 9.882/99 e após o julgamento da ADPF 33, com matéria referente à vinculação do quadro de salários das autarquias ao salário mínimo, o instituto assumiu sua verdadeira forma. Através da referida arguição, o Governador do Estado do Pará requereu a declaração da não recepção do artigo 34 do Regulamento de pessoal do Instituto Econômico de Desenvolvimento do Estado pela ordem constitucional de 1988. Decisões reiteradas do Tribunal de Justiça do Pará utilizaram a norma como fundamento para a concessão de reajuste quanto aos proventos e vencimentos de ex-servidores com base no salário mínimo.

Liminarmente, o Supremo suspendeu todos os processos e os efeitos das decisões judiciais relacionadas à aplicação da norma. No mérito, julgou procedente a ação, por unanimidade, considerando que a norma não foi recepcionada em face do princípio federativo da Constituição de 1988 (MENDES, 2008, p.67).

A partir desse julgamento, a ADPF possibilitou o controle concentrado de norma pré-constitucional, o que não seria viável por meio de ação direta de inconstitucionalidade. Juntamente com o controle concentrado de norma pré-constitucional, a arguição ganhou a característica elementar da subsidiariedade, ocorrendo sua utilização nos casos em que não seja possível sanar a lesão a preceito fundamental por outros meios, como a própria ação direta de inconstitucionalidade - ADIN (MENDES, 2008, p.114).

Difere dos demais mecanismos de controle, uma vez que a ADPF inclui a análise da compatibilidade de lei ou ato normativo municipal - além dos atos ou leis de âmbito federal e estadual - sendo de competência originária e exclusiva do Supremo Tribunal Federal, que como órgão de cúpula do Judiciário, é o único responsável pela compatibilização normativa no controle concentrado.

Outro aspecto marcante na arguição de descumprimento, é que a mesma não apresenta semelhanças com mecanismos de controle de leis existentes no direito comparado, caracterizando-se por ser um instituto tipicamente brasileiro (BARROSO, 2008, p.261). Apesar de comparadas ao recurso de inconstitucionalidade alemão e austríaco, as ADPFs guardam como especialidade o descumprimento de preceito fundamental da Carta Maior de 1988.

A questão do descumprimento presente nas ADPFs e a inconstitucionalidade nas ADINs não se confundem. Nessa, as situações expressamente delimitadas na Constituição sofrem desqualificação atribuída exclusivamente aos próprios atos normativos estatais e não a comportamentos que abarcam demais atribuições do poder público (TAVARES, 2008, p.2).

Diferentemente da inconstitucionalidade, o descumprimento possui caráter amplo, considerando a violação da norma fundamental por qualquer comportamento; desse modo, pode ser descumprido tanto um ato normativo, como um não normativo, o que justifica a ampla gama de atos do poder público que podem ser objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

O objeto de controle por meio das arguições de descumprimento compreende os atos emanados do poder público, normativos ou não, mas concluídos em sua formação. O poder público é indicativo da força de mando, o *jus imperium* típico do Estado. Inclusos nesse objeto estão os atos exercidos por particulares, desde que no desempenho da função pública.

Esse instituto proporciona efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Público e eficácia *erga omnes*, alcançando a todos os interessados na reparação ao preceito fundamental que sofreu a violação.

Em verdade, o efeito vinculante decorre do particular papel jurídico-institucional desempenhado pela Corte ou pelo Tribunal Constitucional, que deve zelar pela observância estrita da Constituição nos processos especiais concebidos para solver determinadas e específicas controvérsias constitucionais. (MENDES, 2009, p.177).

O efeito vinculante determina a não aplicação do ato descumprido pelos tribunais, órgãos e agentes do poder político estatal. Não alcança o Poder Legislativo, pois a proibição poderia gerar a abertura da Constituição e a perda de sua flexibilidade, ficando o legislador submetido ao STF, situação que contraria o princípio da separação dos poderes.

Por fim, mais uma característica marcante das ADPFs é o amplo rol de legitimados a propor tal ação, que coincide com a comunidade de intérpretes das demais formas de controle de constitucionalidade concentrada realizada pelo Judiciário. Com relação à legitimidade passiva, cabe ao órgão ou agente ao qual se atribui a violação ao preceito, prestar informações.

Desse modo, a importância da ADPF deve-se ao fato de a mesma permitir a antecipação de decisões sobre controvérsias de teor constitucional relevante, impedindo que a solução venha a ser dada após muitos anos, quando muitas das situações questionadas já sofreram consolidação devido ao lapso temporal.

A admissibilidade das ADPFs não se confunde com o seu julgamento: a admissibilidade compreende os aspectos relacionados ao cabimento da arguição; o julgamento diz respeito à existência ou inexistência de lesão ao preceito fundamental.

Para que as ADPFs sejam admitidas, devem estar presentes como pressupostos gerais o preceito fundamental violado (compreendido como o conjunto de disposições constitucionais que reúne decisões sobre a base da estruturação do Estado), a inexistência de outro meio idôneo para sanar a lesividade. Esses elementos devem estar acompanhados do pressuposto específico, qual seja, a relevância da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo (BARROSO, 2008, p.266).

Deve ser destacado que, enquanto a regulação das ADINs fala em ato normativo, isto é, lei em sentido amplo, a regulação das ADPFs menciona ato do poder público, ganhando uma abrangência capaz de incluir, por exemplo, decisões judiciais reiteradas, contratos administrativos e resoluções.

Juntamente com o princípio da subsidiariedade, essa questão é fundamental no que se refere ao reduzido número de ADPFs que sofreram processo decisório: o objeto de proteção das arguições (variável referente aos assuntos), por ser mais amplo que o das ações diretas de inconstitucionalidade, pode ser indicativo da presença da autocontenção judicial como forma de o Supremo não perder o controle sobre os interesses envolvidos nos julgamentos que profere.

A inexistência de outro meio idôneo permite a utilização das ADPFs. No entanto, grande é a divergência doutrinária a respeito do disposto no artigo 4º, § 1º da Lei 9.882/99: para alguns, é desnecessária a existência da arguição de descumprimento, pois é usada de forma subsidiária no controle de constitucionalidade. Outra parcela da literatura defende a importância da arguição, sua autonomia frente às ações objetivas e subjetivas existentes. Esse posicionamento doutrinário defende a preferência pela ADPF

e a exclusão das demais ações quando houver violação a preceito fundamental.

A lesão a preceito fundamental que atinja interesse individual pode ser objeto de mandado de segurança individual; atingindo interesse coletivo torna-se possível impetrar mandado de segurança coletivo. Ambas as espécies de mandado de segurança apresentam efeitos diversos aos da arguição. Nesta, os legitimados ativos terão que demonstrar a relevância da controvérsia constitucional, ou seja, quando a discussão ultrapassar o interesse das partes envolvidas no litígio e atingir todo o sistema jurídico nacional. Essa relevância explica o afastamento da competência dos órgãos de jurisdição ordinária, transferindo-a para o Supremo Tribunal Federal, que poderá julgar as questões relacionadas à estrutura e organização do Estado, direitos fundamentais, entre outros temas de maior repercussão na sociedade; a depender da origem do ato normativo questionado, apresenta-se tanto no âmbito federal, estadual quanto no municipal.

Desse modo, quando da solução do interesse estiver presente o efeito *erga omnes*, caberá ADPF para resguardar o preceito. A reparação imediata de um direito individual por meio de mandado de segurança será um precedente para que uma arguição de descumprimento seja admitida, desde que a segurança jurídica esteja gravemente ameaçada e presentes os pressupostos para a sua admissibilidade, contidos no artigo 1º da Lei 9.882/99. Será admitida a arguição que versar sobre ato do Poder Público, tendo por exemplos, os atos de natureza administrativa, judicial e normativa.

No que se refere aos atos administrativos, apenas aqueles que possuem alcance mais amplo sofrem controle de constitucionalidade pela arguição, desde que descumpram preceito fundamental e seja apresentada a relevância da controvérsia constitucional (BARROSO, 2008, p.291).

Os atos jurisdicionais que apresentarem *error in procedendo* ou *error in iudicando*, com ameaça ou lesão aos preceitos e existindo relevância na controvérsia constitucional, têm a arguição de descumprimento de preceito fundamental admitida quando o resultado for impossível de ser obtido por meio do processo subjetivo. (BARROSO, 2008, p.292).

A principal diferença entre as arguições julgadas e as não julgadas está no fato de maioria das arguições propostas não serem conhecidas devido a presença de vícios processuais, quase sempre a ausência dos pressupostos necessários à ação e a ilegitimidade de partes.

O julgamento ocorre quando, procedente a arguição, é verificada a ocorrência de

lesão, descumprimento, ao preceito fundamental. O descumprimento é característica própria do instituto da ADPF, enunciado no artigo 102, § 1º da Constituição Federal (MANDELLI JÚNIOR, 2003, p.160). No entanto, as hipóteses estabelecidas nessa pesquisa podem indicar que nem sempre o processo decisório das arguições de descumprimento segue apenas esses requisitos.

A produção de efeitos na decisão da ADPF tem início com a sua procedência, quando declarada a inconstitucionalidade ou o descumprimento do preceito fundamental originados por ato do Poder Público.

[...] Só esta concepção é compatível com a defesa da Constituição; só ela impede que tais avenças venham como que a adquirir força constitucional, por não mais poderem ser reformadas; só ela assegura plena liberdade de julgamento do Tribunal Constitucional e dos demais tribunais; só ela obsta a fraude à Constituição que seria qualquer órgão ou entidade com poder de iniciativa requerer a apreciação de certa norma para, uma vez obtida uma decisão de não inconstitucionalidade, impedir que noutra momento, em qualquer tribunal ou no próprio Tribunal Constitucional, com ou sem a mesma composição, essa norma viesse a ser arguida (MIRANDA, 1996, p.483, t. II).

Produzem efeitos concretos as arguições procedentes, procedentes em parte, improcedentes e aquelas cuja liminar foi concedida.

Se na decisão judicial a afirmação da tese jurídica não gerar consequência capaz de evitar ou reparar lesão ao preceito fundamental, uma decisão específica será proferida pelo órgão judicial competente para analisar a situação concreta.

Se a arguição tiver resultado de um ato normativo, seus efeitos serão iguais aos da declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade. Se o ato for administrativo, acolhido o pedido, deverá ser retirado do regime jurídico ou ser declarado nulo (BARROSO, 2008, p.299).

Uma vez que a arguição de descumprimento de preceito fundamental pode incidir sobre lei pré-constitucional, o tribunal deverá limitar-se a declarar a incompatibilidade na norma com o texto da Constituição em vigor.

Há possibilidade de que, por razões constitucionais, o tribunal entenda por preservar na ordem constitucional superveniente a norma pré-constitucional questionada, situação verificada nas decisões proferidas pelo STF ao afirmar a qualidade de “lei ainda constitucional” (MENDES, 2009, p.143).

A decisão fixa, portanto, o modo, as condições de interpretação e a aplicação do

preceito fundamental, podendo cessar a eficácia do ato ou decisão, determinando também um meio necessário para a adequada preservação do preceito constitucional.

As arguições prejudicadas, desconhecidas, negadas seguimento, as que aguardam ser julgadas, as que não tiveram o pedido liminar concedido, as que foram recebidas como ADIN e as arguições extintas não foram julgadas, uma vez que não houve o exame do mérito relativo à lesão do preceito fundamental. O não julgamento dessas ADPFs ocorre em razão da inobservância de requisitos formais, desvinculando o pedido dos pressupostos necessários à interposição da ADPF (MANDELLI, 2003, p.167).

As arguições que têm o pedido liminar concedido, baseiam-se em requisitos específicos, quais sejam

[n]a plausibilidade jurídica da tese exposta (*fumus boni juris*), na possibilidade de prejuízo decorrente do retardamento da decisão postulada (*periculum in mora*), na irreparabilidade ou insuportabilidade dos danos emergentes dos próprios atos impugnados; e na necessidade de garantir a ulterior eficácia da decisão (CLÈVE, 2000, p.237).

A possibilidade de concessão da medida liminar tem origem no poder geral de cautela que é conferido ao Judiciário no exercício da atividade jurisdicional. É baseada na segurança jurídica, na assecuração do resultado do processo principal e na exclusão das situações de perigo (MANDELLI, 2008, p.163).

O deferimento da cautelar encontra-se previsto de modo expresso no artigo 5º da Lei 9.882/99, permitindo a determinação de que os juízes suspendam o andamento de processos ou efeitos de decisões judiciais que possuam relação com matéria objeto de ADPF.

Com base nas leis que regulamentam o objeto e processamento das ações no controle concentrado, não deveria haver profundas distinções no que se refere às práticas verificadas no âmbito de julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade e das arguições de descumprimento de preceito fundamental, uma vez que ambas possuem norma específica para sua regulação (Lei 9.869/99 e 9.882/99, respectivamente) e apresentam o mesmo órgão responsável para seu processamento – o Supremo Tribunal Federal.

No entanto, a prática judicial indica situações diversas das previstas pelas leis: tanto as ADINs como as ADPFs, apresentam critérios distintos utilizados pelos Ministros do Supremo no momento de fundamentar os respectivos processos decisórios.

Por meio do controle de constitucionalidade, o Poder Judiciário - competente para retirar a eficácia de uma norma do ordenamento jurídico estatal - pode sobrepor-se à decisão do Poder Legislativo. Tal situação conduz à análise das razões que impossibilitam o julgamento das ADPFs e do contexto no qual essas arguições provavelmente estão inseridas: o da autocontenção judicial, hipótese a ser verificada a partir da análise de variáveis referentes ao julgamento das arguições de descumprimento.

3.2 Autocontenção judicial: concepção norte-americana e brasileira

O processo de expansão do Poder Judiciário nacional é recente, tendo atingido a ordem jurídica brasileira a partir da Constituição Federal de 1988. Foram verificados após vinte e cinco anos, alguns dos fenômenos indicativos dessa atividade expansiva do Poder Judiciário, como é o caso da ampliação dos sujeitos de direito protegidos juridicamente, o surgimento de novos institutos capazes de evitar lesões a direitos fundamentais, o debate acerca da legitimidade democrática.

No âmbito do controle de constitucionalidade, a prática da judicialização chama a atenção da sociedade para o comportamento do Supremo Tribunal Federal quanto aos julgamentos de casos que despertam grande interesse e repercussão social.

Mesmo não apresentando condições idênticas ao desenvolvimento da jurisdição constitucional norte-americana, o comparativo realizado entre os julgamentos das ações típicas do controle concentrado de constitucionalidade brasileiro, indicará a presença tanto da judicialização como da autocontenção judicial.

A ocorrência da judicialização foi objeto de estudo realizado por Ernani Carvalho (2009), no qual avaliou o desempenho dos requerentes e atores junto ao Supremo Tribunal Federal quando da propositura das ADINs, tendo por objetivo a melhor compreensão da ocorrência de judicialização da política; as consequências da revisão abstrata da legislação foram usadas como referência na análise de judicialização das ações diretas de inconstitucionalidade (CARVALHO, 2009, p.4).

O ativismo judicial também está presente no sistema jurídico nacional, contudo, não será objeto desta pesquisa, pois, conforme anteriormente referido, a judicialização compreende o fenômeno oposto à autocontenção, não sendo o ativismo prática oposta à autocontenção judicial (*judicial self-restraint*).

Cabe destacar que até o presente momento, a literatura brasileira sobre o instituto em comento tem se dedicado ao estudo do ativismo e da judicialização, existindo amplo material referente aos fenômenos. Entretanto, pouquíssimos são os trabalhos relacionados ao conteúdo da autorestrição/autolimitação/autocontenção judicial.

Observa-se a ausência de critérios necessários à determinação do que vem a ser essa autorestrição. Na literatura brasileira não há fontes suficientes para o estudo do fenômeno, inclusive, conforme concepção nacional, esta prática difere do que originariamente ocorre na ordem jurídica norte-americana, origem da *judicial self-restraint*. Grande parte das fontes nacionais consultadas apresentou um quadro de autocentrismo, remetendo constantemente aos mesmos autores da literatura jurídica, sem expor inovações quanto aos temas pesquisados. Devido a esses aspectos, a maior parte das fontes consultadas sobre o tema é de origem estrangeira, englobando a literatura jurídica dos Estados Unidos para que possa ser estabelecido um parâmetro de especificação da *judicial-self restraint* no ordenamento brasileiro.

Embora não muito pesquisada no âmbito jurídico nacional, a autocontenção do Poder Judiciário constitui, assim como o ativismo e a judicialização, termo utilizado para referir-se a fins de abusos judiciais: ativismo judicial e julgamento direcionado para resultados, ou ainda, autolimitação judicial e decisão baseada em princípios.

O vocábulo acaba por ter seu conteúdo desgastado, sendo atitude prudente descartar as determinações estabelecidas pelo uso indiscriminado, para tentar-se definir aspectos que caracterizam o fenômeno sob análise, substituindo o efeito paralisante dos clichês (POSNER, 1983, p.1).

A autocontenção judicial compreende a exigência de os juízes evitarem intromissões frequentes na esfera de atuação do demais poderes estatais. Desse modo, os juízes e tribunais, ao praticarem a autocontenção, evitam a aplicação direta do texto constitucional às situações que não sofram incidência expressa da mesma, aguardando o posicionamento do Legislativo; evitam interferir de modo direto e explícito na determinação das políticas públicas; podem também utilizar critérios rígidos e conservadores ao declararem a inconstitucionalidade das leis e atos normativos.

Possui como critério básico o requisito da inconstitucionalidade evidente, claramente identificável, aplicando-se a regra do “caso duvidoso” (DIMOULIS; LUNARDI, 2011, p.468), ou seja, na dúvida, prevalece a opção do legislador, devendo o magistrado abster-se de declarar a inconstitucionalidade: *in dubio pro legislatore*, mas ocorrendo também a situação de muitos dos casos a serem julgados permanecerem aguardando o julgamento, serem declarados prejudicados, não conhecidos ou terem seu seguimento negado – esse pode ser um dos elementos indicativos da ocorrência de autocontenção judicial no ordenamento brasileiro, influenciando o quantitativo de decisões proferidas.

Não havendo a análise de mérito na ADPF, não serão produzidos os efeitos concretos da decisão, o que reduz o número de arguições passíveis de modificarem o âmbito social, político e jurídico. Por isso, o não julgamento do mérito das ADPFs pode caracterizar o comportamento autocontido dos magistrados brasileiros, que se afastam do julgamento das questões concernentes à lesão ao preceito fundamental devido ao fato de, com essa conduta, serem capazes de alterar o resultado do processo decisório das arguições.

O indicativo de comportamento oposto à autocontenção judicial são as respostas do Judiciário diante da judicialização praticada pelos grupos de interesses; nesse caso, estará presente uma elevada taxa de julgamentos das questões levadas ao Supremo Tribunal Federal, que dessa forma demonstra a vontade dos magistrados em participarem da formulação de políticas públicas (*policymaking*). Desse modo, será verificado como ocorre o julgamento efetivo (julgamento do mérito) das ações em sede de ADPF, tornando-se o Judiciário mais interventivo e presente na vida política de uma sociedade.

Com isso, a revisão judicial é bastante útil para os grupos políticos de interesses majoritários; não só esses se beneficiam da revisão judicial, como também os grupos de interesses minoritários e os membros do legislativo, vez que o poder de interpretar estatutos e cumprir a lei é, com isso, transferido ao Judiciário. A revisão judicial pode ser utilizada para anular normas aprovadas pelos governantes anteriores ou coligações, desestabilizando a base legislativa que está atualmente em atividade (WHITTINGTON, 2005, p. 584).

A resposta dada pela nossa Suprema Corte à judicialização promovida pelos grupos de interesses pode vir acompanhada da prática ativista do Judiciário, ao ser atribuída pelo magistrado uma interpretação mais ampla ao conteúdo previsto

diretamente na Constituição.

As críticas dirigidas ao formalismo jurídico no sistema do *Common Law* chamaram a atenção para condutas proativas do Judiciário: a questão da legislatura judicial é antiga, tendo sido destacada por Oliver Wendell Holmes já em 1881, a partir da declaração de que "a vida do direito não tem sido lógica, tem sido experiência" (HOLMES apud POSNER, 1983, p.2), situação esta que decorria das necessidades sociais sentidas à época, das instituições públicas e das teorias políticas e morais predominantes. Assim, mesmo havendo o silogismo na determinação das regras pelas quais o povo deveria ser governado, os juízes vislumbraram vantagens no novo modo de atuação judicial.

Holmes (apud POSNER, 1983, p.2) não afirmou que o direito moldado mediante as necessidades sociais é algo bom ou ruim do que quando definido pela lógica, mas sim, que essas transformações no comportamento do Judiciário são inevitáveis ao próprio sistema jurídico, a partir das quais, passa a ser abandonada a tradição jurídica do formalismo, pela qual os juízes são tidos por oráculos da lei, transmissores passivos, em vez de criadores.

Por conseguinte, em algumas áreas, nem sempre será possível ao juiz decidir casos tendo por base a vontade de alguns legisladores ou juízes que proferiram decisões anteriormente (POSNER, 1983 p.10). Nesses casos (*hard cases*), o juiz deverá recorrer aos seus próprios princípios para chegar a uma solução, considerando também a opinião pública, destinatária da ordem mandamental. Nesse aspecto, pode tanto adotar postura no sentido de responder à judicialização ou autoconter suas decisões, e a partir desse momento, surge a defesa em prol de um Poder Judiciário autocontido.

A autocontenção judicial ocorrerá quando o juiz utilizar suas preferências políticas e princípios morais para fundamentar a negativa de julgamento de um caso; também, quando age com prudência e cautela na utilização de suas opiniões – e nesse caso, tem-se o denominado “juiz respeitoso”, agindo de modo ainda mais limitado do que na primeira situação; há ainda autocontenção quando atua de modo a limitar as práticas políticas sobre o exercício do poder judicial (POSNER, 1983 p.10).

O princípio da autolimitação judicial é outro dos princípios importados da jurisprudência norte-americana e fundamentalmente reconduzível ao seguinte: *os juízes devem autolimitar-se à decisão de questões judiciais e negar a justiciabilidade das questões políticas*. O princípio foi definido pelo juiz Marshall como significando haver certas ‘questões políticas’ da competência do Presidente, em relação

às quais não pode haver controlo jurisdicional (CANOTILHO, 2003, p.1.308) – grifos no original.

Outro aspecto importante, especialmente no contexto da expansão do Poder Judiciário, é quando as decisões dos magistrados apresentam uma preocupação para que a desnecessária criação judicial de direitos não resultem em litígios que não poderão ser solucionados de forma eficaz; por fim, quando têm a intenção de reduzir o poder de seu sistema judicial em relação aos demais poderes estatais. Nesse caso, o juiz é identificado como auto-contido, definição confundida com a de juiz autodisciplinado.

Se o juiz está consciente das limitações políticas e práticas sobre o exercício do poder judicial e quando suas decisões são influenciadas pela preocupação em não superlotar o Judiciário com ações desnecessárias, identifica-se a autocontenção prudencial, a qual possui tanto aspectos políticos como funcionais.

Na área da jurisdição constitucional, a economia processual é um elemento importante: se a questão discutida está próxima de ser solucionada ou se o modo de interpretação da norma não é ditado pelo precedente judicial, a economia será um dos elementos que o juiz utilizará na sua tomada de decisão e maior será o uso da economia quanto maior for o quantitativo de processos perante o tribunal. Caso houvesse o aumento do número de juízes nos tribunais, haveria o risco da redução da qualidade judicial, sendo nesse caso, a adoção da economia judicial uma medida legítima (POSNER, 1983 p.11), o que difere da situação de autocontenção.

A tentativa de uniformizar o significado da autocontenção remete também à ideia que podemos denominar contenção estrutural ou separação autocontida dos poderes. A partir desse aspecto, o juiz tem por objetivo prestar maior deferência para com as decisões do Poder Executivo e Legislativo e no caso, é identificável a produção de resultados mais liberais ou conservadores, a depender se no momento os tribunais adotam um ou outro posicionamento.

Devido ao fato de a separação dos poderes autocontida apresentar um perfil de reduzido julgamento para os tribunais, ela tende a produzir resultados semelhantes aos da autocontenção prudencial. No entanto, as formas de autolimitação judicial podem ser vistas como provenientes do reconhecimento de vulnerabilidade especial dos tribunais, enquanto na contenção estrutural, os magistrados agem conforme as competências já previstas nas normas, o que não indica que seja sinônimo de autolimitação do

Judiciário.

No debate norte-americano, os tribunais, considerados órgãos frágeis, submetiam-se às determinações do Legislativo e Executivo, justamente por estar ausente a legitimidade conferida por um mandato eleitoral. Embora os juízes federais estivessem protegidos por valores como emprego vitalício e salários garantidos de retaliação política por suas decisões, o Judiciário como um todo ainda é vulnerável à política (WHITTINGTON, 2005, p. 583). A história norte-americana demonstra que está havendo redução na sua capacidade de o Judiciário fornecer decisões judiciais de razoável qualidade (POSNER, 1983, p.12), mesmo havendo passado por um longo período de judicialização e ativismo.

Embora inicialmente tenha havido protestos dos demais poderes contra o engrandecimento do Judiciário, verifica-se que os mesmos têm agido de modo a cooperar na transferência do poder e responsabilidade das decisões para os tribunais; o modo de julgar eficazmente tem sido posto em questão devido ao elevado número de casos e em parte, o resultado das decisões baseadas no autoengrandecimento dos tribunais. Por isso, a defesa de que a autolimitação judicial seria a medida adequada ao equilíbrio das decisões. Destacamos, contudo, que essa aplicação por muitos defendida, dependerá da análise dos seus efeitos e das características de cada ordenamento jurídico, não podendo ser realizada de modo arbitrário.

Nos Estados Unidos, a autocontenção foi inicialmente defendida como consequência de os tribunais serem menos democráticos que outros ramos do poder estatal, vez que no sistema constitucional os juízes não deveriam aplicar critérios legislativos nas decisões (POSNER, 1983 p.11). Um dos principais argumentos era o que considerava os tribunais como órgãos incapazes de exercer as mesmas funções do Executivo e Legislativo, fazendo com que a visão de resposta à judicialização por parte dos magistrados continuasse sendo praticada.

“Por ser fragmentado, o sistema político norte-americano fornece amplas oportunidades para as minorias eleitorais nacionais exercerem o poder político” ¹ (WHITTINGTON, 2005, p.586, tradução nossa), decorrendo desse aspecto a presença de judicialização e ativismo no seu ordenamento jurídico.

Há evidências de que o ativismo e a judicialização contemporâneos

¹ The fragmented American political system provides ample opportunities for national electoral minorities to nonetheless exercise political power (WHITTINGTON, 2005, p.586).

ultrapassaram os limites da jurisdição constitucional: a sobrecarga dos tribunais evidencia parte dessa ocorrência. Um exemplo desse fato compreende a Corte *Warren* (1953-1969), que atuou de modo a desvendar imperativos éticos no contexto mandamental da Constituição norte-americana, sendo por isso considerada a mais ativista de toda a sua história constitucional. Buscou significativas modificações sociais, com destaque para a efetivação dos direitos fundamentais e do princípio da isonomia (MORO, 2004, p.37).

Muitas vezes, a *judicial self-restraint* é confundida com o formalismo. Este apresenta como caractere uma filosofia judicial tímida, pois nega o elemento criativo produzido pelo juiz no processo decisório. Como afirmado anteriormente, a autocontenção não significa timidez quanto à proclamação das decisões, mas sim a presença do interesse em modificar o resultado de uma decisão ou a intenção do magistrado em não julgar, sendo por isso o formalismo elemento estranho à restrição judicial.

O formalismo não configura método útil para a solução de casos difíceis na cultura jurídica contemporânea, mas uma forma de descrever falsamente o processo judicial, camuflando o exercício do poder. Isso ocorre na judicialização e no ativismo judicial, onde o magistrado “tenta ampliar o poder de sua Corte, em face das demais instituições do governo, podendo alguns deles resistir a essa invasão”² (POSNER, 1983, p.20, tradução nossa).

Constitui parte da retórica política dos magistrados ativistas, o fato de negarem que estão exercendo o poder discricionário; ao contrário, o praticante de autolimitação judicial tenta reduzir ao invés de aumentar seu poder. Com isso, o magistrado autocontido age de modo a desmistificar o exercício do poder judicial, favorecendo sua redução.

A integridade é característica mais apropriada ao juiz contido do que ao judicializador. A partir dessa, admite-se que as preferências políticas e valores morais do magistrado desempenham papel fundamental no momento da decisão: promove a ideia de autocontenção judicial no âmbito dos poderes públicos estatais, ao apresentar os juízes como as pessoas que exercem o poder político ao contrário de emitir passivamente as decisões oriundas dos outros poderes (POSNER, 1983, p.21).

² The activist judge has need for such concealment. He is trying to enlarge the power of his court at the expense of other institutions of government, and some of them may resist the encroachment (POSNER, 1983, p.20).

Desse modo, a autocontenção judicial norte-americana é estimulada em um contexto marcado pelo ativismo e judicialização motivados pelo antigo medo à implantação de um sistema político distinto da democracia, qual seja, o socialismo. No entanto, qualquer que seja a motivação, o objetivo da atual magistratura norte-americana é reduzir a judicialização através da prática da autocontenção (POSNER, 1983, p.21).

Um julgamento que bem retrata a busca pela *judicial self-restraint* norte-americana foi o referente à recusa da Suprema Corte em realizar o *certiorari*, recusando-se a julgar questão relacionada a uma lei sobre a restrição ao uso de armas de fogo. Com isso, a Corte ficou fora de um debate de grande repercussão nacional ao recusar analisar se os proprietários de arma de fogo têm o direito constitucional de portá-las fora de casa.

O tribunal decidiu não ir de encontro a uma lei do Estado de Nova Iorque, que exige daqueles que pretendem portar arma de fogo fora de sua residência, a apresentação de uma razão especial para a obtenção da licença. Os proprietários de armas que questionaram a lei, afirmaram que o direito ao porte de armas é consagrado na Segunda Emenda da Constituição dos Estados Unidos e não está limitada apenas ao direito de manter a arma em sua casa.

O Procurador-Geral de Nova Iorque, Eric Schneiderman, descreveu a recusa da Corte para intervir como sendo uma vitória para as famílias de Nova Iorque, que estavam preocupadas com os altos índices de violência armada que muitas vezes assola as comunidades (HURLEY, 2013).

Ocorre que nos últimos anos, a Suprema Corte norte-americana havia ampliado os direitos ao porte de arma de fogo, primeiramente, no caso *Heller*, em 2008, justamente ao afirmar que a Segunda Emenda possibilita o direito individual ao porte de armas e, em seguida, no ano de 2010, no caso *McDonald vs. City of Chicago*, onde utilizou a mesma decisão aplicada em 2008.

Nesse contexto, é importante diferenciar um juiz autodisciplinado de um juiz autocontido: o primeiro procura decidir um caso sem levar em consideração suas preferências políticas, ao passo que o segundo fundamenta a decisão de acordo com seus valores morais e opiniões políticas. No entanto, quanto mais elevado for o tribunal do qual esse juiz faz parte, menor a autodisciplina do julgador, ao acreditar que suas preferências políticas desempenharão um papel favorável na tomada de decisão judicial, podendo, a partir desse aspecto, adotar entre uma das políticas concorrentes –

autocontenção ou judicialização.

Vislumbra-se que, de modo semelhante à judicialização e ao ativismo, onde as preferências pessoais do juiz fazem-se presentes, na autocontenção, o mesmo também utiliza tais elementos no processo decisório; assim, diferentemente da ideia errônea que se pode ter acerca da autocontenção - de que o juiz não decide porque é imparcial - nesta, também é possível que o magistrado utilize suas preferências políticas e princípios morais para justificar a solução de uma questão que lhe foi apresentada. O juiz que não os utiliza é autodisciplinado, não sendo agente no fenômeno da autolimitação do Poder Judiciário.

O fato é que a Suprema Corte norte-americana e os tribunais federais inferiores possuem enorme função política, o que não ocorre em outros ordenamentos de origem no *common law*. Os juízes americanos não são meramente técnicos, subordinados a um Poder Legislativo Supremo, mas são totalmente dotados da capacidade para intervir no processo de tomada de decisões políticas (ROCHE, 1955, p.763), tornando possível os fenômenos decorrentes da expansão do Judiciário.

As principais técnicas de autocontenção judicial envolvem aspectos processuais e materiais: a primeira (aspectos processuais) engloba vários mecanismos pelos quais os tribunais podem evitar se confrontarem com questões substantivas; a segunda (aspectos materiais) recai sobre os métodos através dos quais o tribunal não considera uma questão substantiva como sendo de competência judicial.

A autocontenção processual baseia-se na recusa ou adiamento em se proferir uma decisão, a exemplo do *writ of certiorari*, principal mecanismo de acesso à Suprema Corte dos Estados Unidos, através do qual seus integrantes realizam a seletividade dos casos a serem julgados por ano. Nele, os juízes detêm ampla discricionariedade na seleção desses casos. O *certiorari* não pode ser utilizado para fins de manutenção da lei. Ou seja, aqueles que solicitarem aos tribunais a emissão do mandado deverão demonstrar a contento do tribunal, que eles têm algum interesse especial envolvido e que a questão do mandado terá o resultado ao seu favor (GOODNOW, 1891, p.503).

Na autocontenção substantiva, uma vez que o caso chegou ao tribunal e analisado em seu mérito, os juízes são obrigados a fundamentar quaisquer decisões adotadas. Aqui, a autolimitação judicial pode assumir várias formas, notadamente as doutrinas das questões políticas, da parcimônia judicial e da não fiscalização da administração pública pelo Judiciário (ROCHE, 1955, p. 767).

A doutrina das questões políticas merece destaque: se o tribunal considera que a

questão a ele conduzida não integra a sua competência para julgamentos, o mesmo encaminhará o autor aos demais órgãos do poder estatal para que uma solução seja obtida. Quanto maior a utilização dessa doutrina, cria-se uma situação de redução da atuação judicial no que se refere à apreciação de uma questão política.

Por sua vez, a parcimônia judicial é outra técnica de autocontenção substantiva, agindo o tribunal de modo a não aplicar os princípios para a resolução do caso, se houver outra forma de solução para tal conflito. O tribunal, admitindo a importância e repercussão que podem advir do processo decisório, passam a questionar se os litigantes têm legitimidade para propor a ação (ROCHE, 1955, p. 768). Referida técnica da auto restrição pode transmitir a ideia de utilização e funcionamento automático, o que nem sempre ocorrerá, podendo até mesmo não ser realizada a verificação de outro meio para a resolução do conflito.

Outra forma de utilização da autocontenção substantiva dá-se através da não fiscalização do Poder Judiciário sobre as ações e poderes exercidos pelas agências reguladoras e demais entes da administração pública. O elemento que caracteriza essa modalidade de auto restrição judicial é a grande deferência à atuação da administração pública sob a argumentação de que os próprios tribunais não podem suplantar a atuação desses entes.

Desse modo, a autocontenção não significa unicamente que os juízes adotam uma postura mais contida quando se encontram diante dos casos difíceis, que necessitam do exercício criativo da jurisdição, mas também podem agir de modo a não proferirem julgamento tendo por base suas convicções políticas e morais – nesse aspecto, o exercício da autocontenção não está isenta das preferências pessoais dos magistrados.

As condições sob as quais se desenvolve o fenômeno da *judicial self-restraint* são numerosas, porém, variam conforme as especificidades do ordenamento jurídico sob análise. No ordenamento norte-americano, onde essa prática foi mais acentuada, grande parte das condições originou-se das máximas legais, que desafiaram a interpretação teleológica. No entanto, por ser o objeto do presente estudo a arguição de descumprimento de preceito fundamental, devem-se analisar quais fatores vêm determinando da ocorrência de autocontenção no que se refere a esse mecanismo de controle constitucional concentrado.

A personalidade do juiz constitui fonte para o surgimento da *judicial self-restraint*. Um juiz retraído não estaria disposto a enfrentar os demais ramos do governo,

sendo, por isso, autocontido, bem como poderia recusar-se a reexaminar as decisões ativistas de seu antecessor: a ideia de igualar a *judicial self-restraint* à inércia do Judiciário é equivocada – assim como comparar judicialização com ousadia é igualmente errado; a autolimitação judicial não decorre única e exclusivamente da falta de ação do Judiciário.

O ceticismo é também responsável por fazer com que um magistrado sem entusiasmo sobre o exercício do poder seja autocontido, vez que, por não confiar na eficácia de suas decisões, o mesmo não estará disposto a enfrentar a arena do poder com outras entidades estatais (POSNER, 1983, p.19).

Além desses aspectos, a autocontenção tem outras fontes além da personalidade do julgador. Pode ser decorrência da preocupação com a sobrecarga no sistema dos tribunais e Cortes, ela também pode advir da teoria da separação dos poderes, a partir do momento em que é identificado um juiz decidindo casos como agente político que apoiou a sua nomeação. Desse modo, a autocontenção judicial pode ser oportunista – assim como a judicialização – a partir do momento em que, por não apoiar as decisões em conformidade com a Constituição, proferidas pela Corte, o julgador age de modo contido e não profere julgamento, ao contrário de adotar postura neutra no processo decisório.

3.3 Ocorrência de autocontenção judicial nas ADPFs

O contexto marcante da ocorrência de judicialização e ativismo na jurisdição constitucional brasileira despertam a atenção para o reduzido número de arguições de descumprimento de preceito fundamental que foram julgadas. Esta pesquisa tem por justificativa a investigação de quais os elementos que provocam a prática de autocontenção judicial pelo Supremo Tribunal Federal em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Comparadas às demais formas de controle concentrado de constitucionalidade, verifica-se o reduzido julgamento das ADPFs. Devido a essa situação, buscou-se compreender a seletividade positiva e negativa no julgamento das ADPFs realizada pelo Supremo Tribunal Federal, a partir da análise das ações efetivamente julgadas e as que não sofreram processo decisório no mérito, de modo a especificar os elementos que

motivaram o efetivo processo decisório e os fatores que têm possibilitado a prática de autocontenção pelo Supremo Tribunal Federal.

A seletividade positiva será objeto do capítulo a seguir, compreendendo as arguições que sofreram análise em seu mérito. Neste momento, será analisada a ocorrência de autocontenção judicial com base nas arguições analisadas em sua totalidade, compreendendo o quantitativo de arguições propostas desde o advento da Lei nº 9.882/99.

A dificuldade para realização das políticas públicas demonstra a ineficiência na satisfação das demandas sociais por parte das instituições majoritárias de proteção à sociedade. Em consequência à estagnação dessas instituições, o Poder Judiciário é conduzido a finalizar os conflitos que deveriam ser solucionados em âmbito político. Por conseguinte, as majorias e minorias utilizam-se das ações diretas de inconstitucionalidade como forma de realização dos seus objetivos políticos.

Assim decorre a afirmação de que a judicialização da política é um processo resultante dos interesses econômicos e sociais que formam o sistema político (CARVALHO, 2004, p.4). O desenvolvimento dos direitos fundamentais e as modificações ocorridas no sistema jurídico brasileiro resultaram das influências exercidas pelas organizações sociais, que exigiam o cumprimento de seus interesses. A participação desses grupos de interesse nas ações judiciais, simultaneamente com a estruturação da ordem jurídica, também foi condição favorável à judicialização da política, verificada por meio do alto quantitativo de ADINs interpostas pelas organizações sociais.

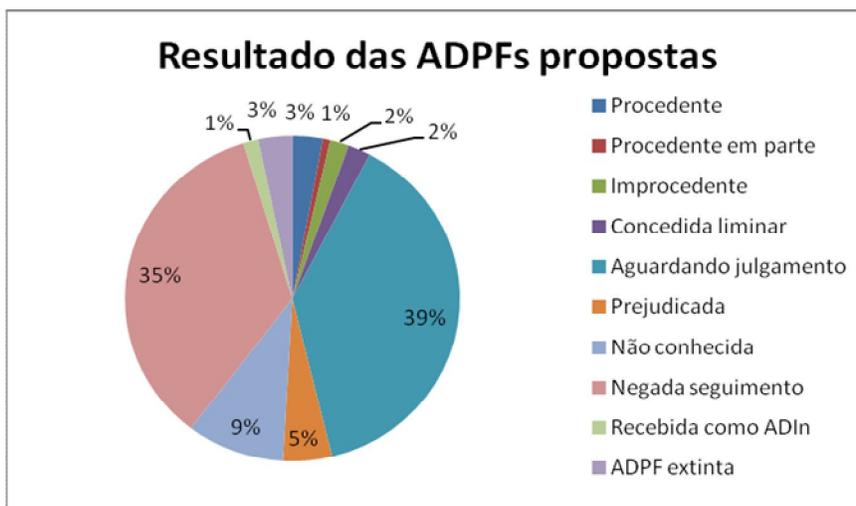
As referências que tratam do tema demonstram a ocorrência da judicialização das questões políticas, mas apenas no que se refere às ADINs - utilizadas como instrumento de contestação de políticas, o que as torna um recurso frequente. Por isso, a necessidade de serem verificados quais elementos impossibilitam o julgamento de mérito nas arguições de descumprimento de preceito fundamental.

Os resultados obtidos por meio do acompanhamento processual das ADPFs, além de buscar quais os elementos que favorecem a autocontenção, visam também reforçar a importância da ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental. Para alcançar o objetivo do trabalho, foram analisadas as ADPFs observando a existência de padrões quanto ao tipo do ato violador do preceito fundamental/origem do ato público questionado (Federal, Estadual ou Municipal), poderes requeridos (legitimados passivos), unidade federativa de origem da ação, requerente (legitimado

ativo), assuntos envolvidos, existência de pedido de liminar, resultado da liminar, requisito da subsidiariedade e resultado da arguição.

Até o mês de julho de 2013, foi proposto um total de 275 (duzentas e setenta e cinco) ADPFs. Desse quantitativo, apenas 8% de arguições tiveram seu mérito analisado, enquanto 92% não sofreram análise em seu conteúdo; desse modo, o conjunto das arguições propostas revela um reduzido percentual de julgamento efetivo pelo STF, conforme pode ser observado no gráfico n° 1:

Gráfico n° 1: Resultado das ADPFs propostas



Fonte: elaboração própria, a partir de dados colhidos no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal.

Verificou-se que a maioria das arguições propostas teve seu seguimento negado devido à presença de vícios processuais, em grande parte, a ausência dos pressupostos necessários à ação e a ilegitimidade de partes, correspondendo a 35% do total das arguições. Portanto, 97 ADPFs tiveram seu seguimento negado por apresentarem inicial inepta, como por exemplo, nas ADPFs 5, 55, 106; existência do princípio da subsidiariedade - ADPFs 15, 84, 78; ilegitimidade ativa *ad causam* - ADPFs 23, 38, 60 e objeto não compreendido como ato do poder público - ADPFs 80, 210, 260.

No que se refere aos legitimados para a propositura das arguições, do quantitativo total de 275 ADPFs, destacam-se como maiores requerentes as confederações sindicais e as entidades de classe de âmbito nacional, com 78 (setenta e oito) arguições, seguidos pelos partidos políticos com representação no Congresso Nacional, que propuseram 67 (sessenta e sete) arguições.

Esses dados revelam que a distribuição entre os legitimados que propõem as

ADPFs como última forma de obter o cumprimento aos preceitos fundamentais, é elevada, apesar de poucas as arguições que efetivamente sofrem análise em seu conteúdo. Os legitimados ativos utilizam as arguições como recurso impeditivo às modificações nas políticas públicas realizadas pelos grupos de interesses minoritários, mas que exerceram maior influência política e assim obtiveram êxito na satisfação de seus interesses.

No entanto, não é elemento suficiente para que haja efetivo julgamento, uma vez que, na prática judiciária, o princípio da *subsidiariedade* é um dos instrumentos usados para selecionar as questões a serem decididas, funcionando como uma espécie de filtro do que poderá constituir objeto de impugnação nas arguições.

Em relação às ações diretas de inconstitucionalidade, no mesmo período analisado, 4.820 ADINs foram propostas, segundo dados constantes no site do Supremo (www.stf.jus.br). Desse quantitativo, 2.060 (51%) tiveram como legitimados ativos os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional e ainda, a propositura conjunta por estes. Há, portanto, grande participação dos grupos de interesse no uso das ADINs para realização dos seus objetivos.

Desse modo, impossibilitados de evitar as modificações ocorridas pela participação das majorias, os grupos minoritários utilizam os tribunais como forma de inviabilizar as alterações que estão em andamento, sendo frequente a utilização das ADINs para impedi-las (CARVALHO, 2004, p.6)

No controle concentrado, uma vez concedida a liminar, não há incentivos para que se julgue o mérito. Essa ocorrência foi objeto do estudo realizado por Barbosa; Gomes Neto; Carvalho Neto e Santos (2009, p.14) com relação às ADINs, quando foi verificado que as ações diretas de inconstitucionalidade propostas em âmbito estadual e municipal, não sofreram julgamento; a maior parte dos processos foi submetida a duas situações: (1ª) ou eles foram rejeitados, considerando-se erros formais ou (2ª) permaneceram aguardando julgamento por longo período de tempo (contado em anos). O estudo observou que foram privilegiadas as declarações de erros formais sobre o procedimento das ações diretas de inconstitucionalidade, quando poderiam ter sido questionados os temas relativos à inconstitucionalidade das normas veiculadas nas ADINs.

Através da análise dos dados realizada no gráfico nº 1, verificou-se que 35% das ADPFs não foram julgadas por questões formais e outra parte, correspondente a 1% foi

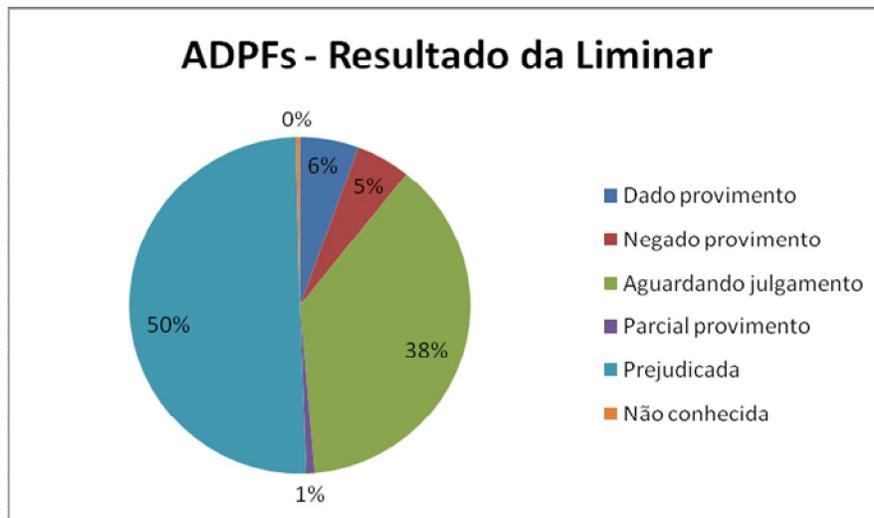
convertida em ADIN. O que se questiona com esses dados são os motivos que fizeram com que 96 arguições tivessem seu seguimento negado, ao passo que 4 arguições, mesmo apresentando erros formais – o que poderia levar à negativa de seguimento da ação – foram julgadas no mérito.

Nas 4 (quatro) ADPFs recebidas como ADINs (ADPFs nº 72, 121, 143 e 178), a alegação para a conversão das mesmas foi que, nos casos apresentados, outro meio capaz de sanar a lesividade/ameaça poderia ter sido utilizado: a ação direta de inconstitucionalidade. Porém, no grupo das ADPFs que tiveram seu seguimento negado, também são encontradas situações idênticas, nas quais outro meio seria cabível para sanar a violação; mesmo assim, permaneceram as arguições sem julgamento do mérito, ao invés de ter ocorrido sua conversão.

Esse é, a nosso ver, um indicativo de que está ocorrendo a desconsideração dos defeitos de forma nas ADPFs por parte do Supremo Tribunal Federal, demonstrando que a instrumentalidade das formas seria um discurso utilizado pela nossa Suprema Corte para a prática da autocontenção judicial implícita.

Com relação ao pedido de liminar nas ADPFs, foi observado que 251 ADPFs traziam o pedido para a sua concessão e apenas 16 não apresentavam esse elemento, correspondendo ao índice de 94% e 6%, respectivamente. Nessas 251 arguições com pedido de liminar, 7% obtiveram sua concessão, das quais, 6% procedentes e 1% procedente em parte. Os demais pedidos de liminares correspondem a 50% como sendo as prejudicadas, 38% aguardam julgamento e 5% tiveram provimento negado. Com base nessas informações, verifica-se que a maior parte das arguições de descumprimento, assim como não tiveram seu mérito julgado, sequer sofreram a análise do pedido de liminar.

Gráfico n° 2: Resultado das liminares nas ADPFs



Fonte: elaboração própria, a partir de dados colhidos no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal.

A lei 9.882/99 prevê a possibilidade de concessão de pedido liminar na ADPF por decisão da maioria absoluta dos membros do tribunal. Admite também o deferimento pelo Relator nos casos de recesso ou extrema urgência, sendo essa hipótese de concessão denominada *ad referendum* pelo Plenário (BARROSO, 2008, p. 295).

As arguições cujo pedido de liminar foi concedido, baseiam-se em requisitos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, desse modo, sejam as liminares analisadas pelo Relator ou as concedidas pelo Pleno, sejam deferidas total ou parcialmente, terão o mérito analisado, tornando-se definitivas e passando a serem consideradas procedentes: nos casos de concessão da liminar, é permitido ao magistrado julgar desde logo o mérito da arguição, sendo antecipados os efeitos da sentença. Futuramente essas arguições não serão levadas a julgamento. Portanto, incluem-se as mesmas na espécie das arguições de descumprimento procedentes.

A questão dos efeitos da concessão de liminar foi objeto de análise da literatura jurídica, reconhecendo que a concessão da mesma importa na antecipação dos resultados da futura sentença, vez que ocorreu o exame do mérito da ação (SILVA, 2003, p.63). Desse modo, permanecem os efeitos advindos da concessão da liminar nas ações de controle constitucional concentrado: julgado o mérito, há antecipação da decisão e com isso, o Supremo não profere a decisão ao final do processamento das ações, permanecendo 38% das liminares na situação de aguardando julgamento.

A medida liminar, qualquer que ela seja, contém um juízo declaratório

– embora rarefeito – sobre a legitimidade do pedido formulado na ação, conseqüentemente constitui um julgamento a respeito do *meritum causae* (SILVA, 2004, p.152).

A partir dos referidos dados, a verificação da autocontenção também é reforçada pelo fato de não haver sido dado provimento às liminares em 94% das arguições, ou seja, 235 pedidos de liminar não foram concedidos em um total de 251 arguições com pedido liminar, grande parte prejudicados em decorrência da ausência dos requisitos formais para a propositura da ação. Esse índice bastante elevado indica que os magistrados não pretendem dar início à análise do mérito veiculado nas arguições, deixando-as tanto sem julgamento final, como negando a concessão dos pedidos de liminar.

O Supremo Tribunal Federal julga parcialmente procedente o pedido em razão de a ADPF excluir da incidência dos seus efeitos *ex tunc* as decisões judiciais com trânsito em julgado que não ensejam objeto de nenhum questionamento, pois só podem ser objeto de arguição de descumprimento de preceito fundamental atos ou decisões administrativas ou judiciais impugnáveis judicialmente. Decisões que geram coisa julgada não podem ser objeto de arguição de descumprimento de preceito fundamental.

A decisão que julgar procedente ou improcedente o pedido em ADPF é irrecorrível, não podendo ser objeto de ação rescisória (artigo 12). Assim como nos demais casos envolvendo ações do controle concentrado de constitucionalidade, é cabível a interposição de embargos de declaração, uma vez que, quando regularmente utilizados, destinam-se, precipuamente, a desfazer obscuridades, a afastar contradições e a suprir omissões que se registrem, eventualmente, no acórdão proferido pelo Tribunal (OLIVEIRA, 2007, p.16).

Constatou-se, através do acompanhamento processual, que o prazo médio de tramitação entre a distribuição dos autos e o deferimento da liminar é de 8 (oito) meses para as arguições de descumprimento propostas em face do Poder Executivo, Legislativo, Judiciário e Executivo e Legislativo conjuntamente. O índice que concessão dessas liminares representa 6% do total de pedidos liminares propostos.

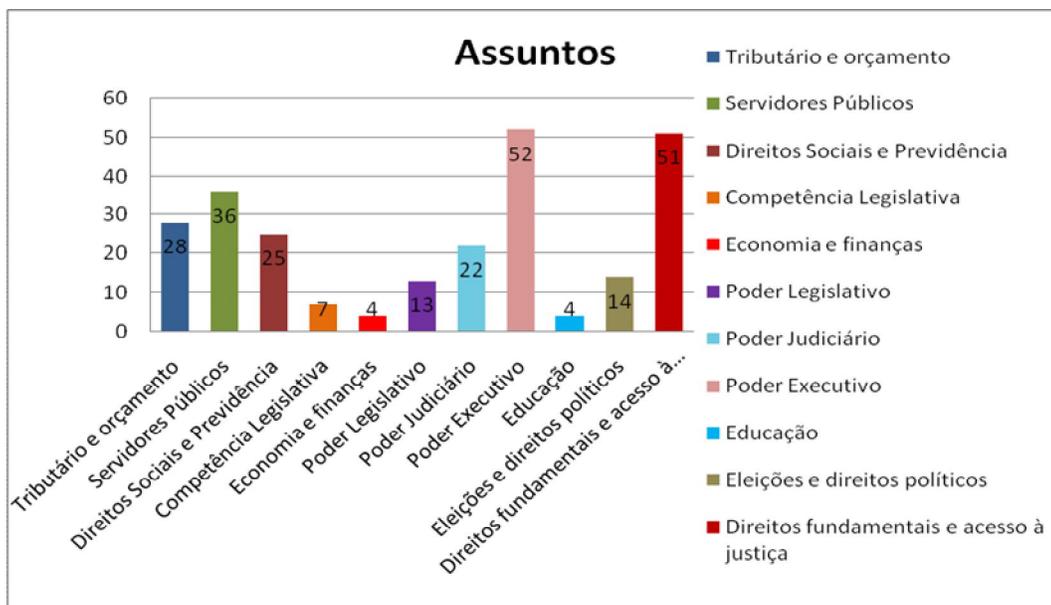
Foi observado prazo maior referente ao processo decisório nas ADPFs propostas pelas demais esferas do poder público, constando como mais antiga e ainda não julgada a ADPF nº 6, de 23/08/2000, referente à suspensão do andamento de todos os processos que tramitam no Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que adotem a interpretação do artigo 58 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias

(ADCT) - atualização do valor dos benefícios previdenciários. Importante destacar que essa arguição teve como requerente o Presidente da República contra ato decorrente do Poder Judiciário Estadual.

A produção de efeitos na decisão da ADPF tem início com a sua procedência, quando declarada a inconstitucionalidade ou o descumprimento do preceito fundamental originados por ato do Poder Público. O descumprimento é característica própria do instituto da ADPF, enunciado no artigo 102, § 1º da Constituição Federal (MANDELLI JÚNIOR, 2003, p. 160).

Sendo feitas comparações entre ADINs e ADPFs, pode ser constatado que há grande variedade de assuntos levados a julgamento no Supremo por meio das ações diretas de inconstitucionalidade, apresentando percentual mais elevado de julgamento as ADINs que impugnam a administração judicial (20% - ADINs concedidas e 5% - ADINs concedidas em parte); as arguições de descumprimento de preceito fundamental apresentam padrões relacionados ao tema analisado, conforme verifica-se no gráfico nº 3 seguinte:

Gráfico nº 3: ADPFs por assuntos



Fonte: elaboração própria, a partir de dados colhidos no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal.

O dado acima referido apresenta quais são os temas constantemente veiculados nas ADPFs ajuizadas perante o Supremo Tribunal Federal. Com 19%, aparecem os assuntos relativos ao Poder Executivo, que são objeto de 52 ADPFs. Em seguida,

também com 19%, estão as arguições que têm por assunto as questões relacionadas aos direitos fundamentais e ao acesso à justiça (51 arguições), indicando que há forte presença do Poder Executivo na prática dos atos violadores aos preceitos fundamentais.

Assuntos relacionados à educação (1,5%), às questões que dizem respeito à economia e finanças (1,5%) e competência legislativa (2,5%) apresentam os menores índices de ajuizamento de ADPFs, sendo a maior parcela desses assuntos objeto das ações diretas de inconstitucionalidade.

O gráfico nº 3 (ADPFs por assuntos) demonstra o conflito entre os Poderes Executivo e Judiciário nas questões levadas ao Supremo, vez que a maior parte das arguições propostas diz tanto respeito ao Poder Executivo, indicado como um dos maiores aplicadores de normas inconstitucionais e violador dos preceitos fundamentais através de entes da administração pública, quanto às garantias e direitos fundamentais relacionados nos artigos 5º ao 7º da Constituição, sendo o mérito amparado pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Foi observado que, por envolverem assuntos de grande repercussão na sociedade e às quais o Legislativo se omite, faz-se imprescindível a atuação urgente do Poder Judiciário para evitar lesão aos preceitos fundamentais. Outro importante aspecto verificado é o de que, nesses casos, o julgamento efetivo ocorrerá porque são questões cuja revisão é incabível e não existe solução por parte da sociedade.

Um fato importante a ser observado quando comparados os assuntos das arguições em sua totalidade e nas efetivamente julgadas, é que, no grupo das 275 ações, conforme dados do gráfico nº 3, os assuntos relacionados ao Poder Executivo são maioria (52 ações), seguidos pelos direitos fundamentais (com uma diferença de um ponto percentual - 51); já nas julgadas efetivamente, a situação se inverte, aumentando a distância entre os assuntos relacionados aos direitos fundamentais (7 ações) e ao Poder Executivo (3 ações), demonstrando que aos direitos fundamentais é conferida prioridade no julgamento das arguições.

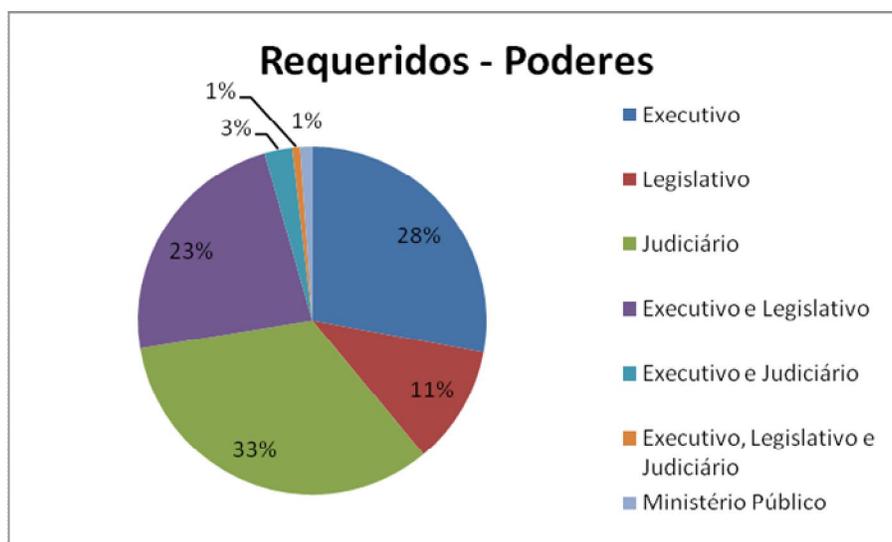
Quando a questão política é levada ao STF e há julgamento da maioria dessas questões - por meio da propositura de ações do controle constitucional concentrado -, está configurada a judicialização. Referido fenômeno está presente nas ações diretas de inconstitucionalidade, onde há elevado índice de propositura e julgamento das questões políticas por parte do Supremo Tribunal Federal.

Contudo, no presente trabalho, estão sendo analisados as causas e os efeitos desse julgamento com relação à sua eficácia, e nesse caso, a autocontenção judicial está

presente nas arguições, vez que poucas são efetivamente julgadas, não havendo, portanto, recebido resposta oriunda do Poder Judiciário. O julgamento procedente beneficia o requerente da ADPF, enquanto a improcedência ou o não julgamento favorecem o ente responsável pela produção da norma ou ato que está ameaçando ou violando preceitos fundamentais.

Estudo realizado por Ernani Carvalho (2002) avaliou o desempenho dos requerentes e atores junto ao Supremo Tribunal Federal quando da propositura das ADINs, tendo por objetivo a melhor compreensão da ocorrência de judicialização da política; as consequências da revisão abstrata da legislação foram usadas como referência na análise de judicialização das ações diretas de inconstitucionalidade (CARVALHO, 2009, p.4).

Gráfico n° 4: Legitimados passivos (Requeridos – Poderes)



Fonte: elaboração própria, a partir de dados colhidos no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal.

No plano das ADPFs, o gráfico n° 4 apresenta os entes públicos que violaram ou ameaçaram violar os preceitos fundamentais. Verifica-se que o Poder Judiciário, de modo isolado, foi responsável pelo maior número de violações (33%), sendo destacada a aplicação pelo referido ente, de normas infraconstitucionais que vão de encontro às regras da Lei Maior, como por exemplo, na ADPF n° 10. Nela, houve o deferimento da liminar (art. 5º, §1º, da lei 9.882/99), sendo concedida *ad referendum* a suspensão da vigência dos artigos 353 a 360 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas em virtude de sua não recepção pela Constituição Federal.

Restava evidente o risco de dano irreparável ou de difícil reparação e o fundado receio de que, antes do julgamento, houvesse grave lesão ao direito do requerente (Governador do Estado de Alagoas), em razão das ordens de pagamento e sequestro de verbas públicas, ocorrendo a desestabilização das finanças do Estado de Alagoas. Em consequência, o andamento de todas as reclamações em tramitação naquele tribunal foi sustado, sendo a ADPF nº 10 extinta.

Conclui-se, portanto, que grande parte dos preceitos que instruem as ações sofre violação pelo próprio Judiciário, sendo os Governadores de Estado, os requerentes que mais obtiveram o julgamento de suas arguições, conforme o gráfico nº 5, constituindo o valor de 15% dentre as que foram submetidas ao STF. Das 78 (setenta e oito) arguições tendo como requerentes as confederações sindicais e entidades de classe, 7 (sete) sofreram processo decisório; no caso das ADPFs propostas pelos Governadores de Estado, houve o ajuizamento de 40 arguições, com um quantitativo de 7 (sete) julgadas.

Esse dado representa que as confederações sindicais e entidades de classe, juntamente com os Governadores de Estado são os legitimados que mais ajuízam as arguições de descumprimento. No total, quem mais propõe são as confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional e os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, no entanto, no caso das ações propostas por esse último requerente, o julgamento é ainda mais restrito, ficando em número de 4 (quatro) julgadas no mérito, o que representa 1,5% do índice de julgamento.

Com relação aos poderes requeridos (legitimados passivos), o maior beneficiado pelo não julgamento das arguições de descumprimento é o próprio Judiciário, que consta como principal violador dos preceitos fundamentais em 34% das arguições, cujo índice de julgamento no mérito corresponde a apenas 3% das ADPFs em face do Poder Judiciário.

Este pode ser um indicador da presença de autocontenção judicial nas ADPFs: o elevado quantitativo de ações propostas (275 arguições) em face de atos praticados pelo poder público e o reduzido número de arguições que sofreram efetivo processo decisório – apenas 20 (vinte). Reforça a prática da autorestrição judicial em sede de ADPF, o fato de o próprio Judiciário não julgar as ações na qual figura como violador dos preceitos fundamentais, conforme verificado no parágrafo anterior. A partir da confirmação da hipótese de autocontenção nas arguições de descumprimento de preceito fundamental, serão analisados em capítulo próprio, os demais fatores que possibilitam a prática desse fenômeno pelo Supremo Tribunal Federal.

Desse modo, a inefetividade das instituições majoritárias e sua consequente incapacidade de prover as necessidades sociais fazem com que as confederações sindicais e entidades de classe sejam responsáveis pela propositura de 28% das ADPFs, ocupando o patamar mais elevado entre os legitimados com o maior índice de propositura das arguições.

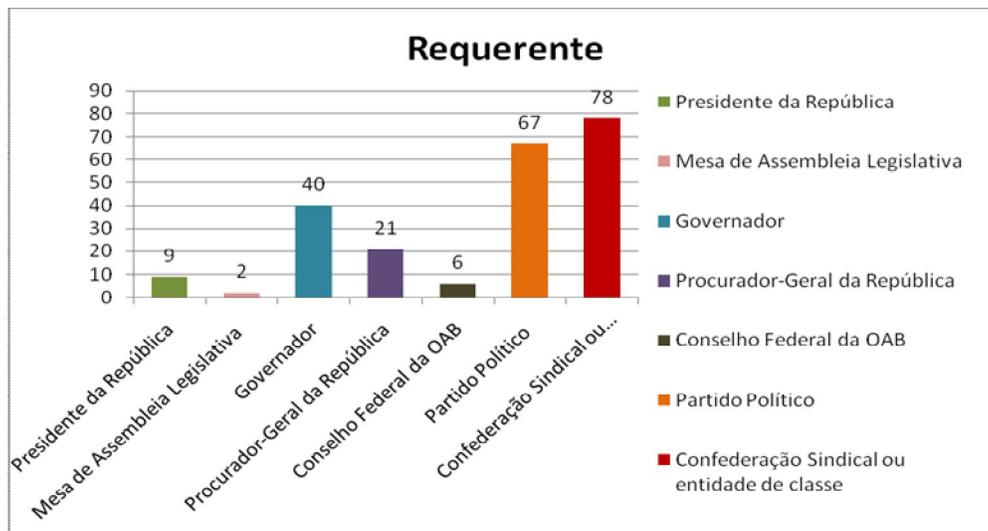
Por meio dos percentuais do gráfico nº 5 a seguir, observa-se que, ao propor uma ADPF, o Governador de Estado exerce controle sobre o Poder Judiciário, mas tal controle não se sobrepõe à autonomia daquele poder, pois a ideia de vigilância e controle recíprocos entre os poderes traz elementos que caracterizam o moderno princípio da separação dos poderes.

Mais uma vez, demonstra-se que há elevada procura pela utilização das arguições por minorias como forma de efetivação de suas demandas. Importante destacar que nenhuma ADPF foi proposta pela Mesa do Senado Federal ou pela Mesa da Câmara dos Deputados (gráfico nº 5).

Interessante observar que nas arguições de descumprimento números 94, 96 e 224, figurou como poder requerido o Ministério Público e como requerente uma Confederação sindical na arguição nº 94 e uma Federação sindical na ADPF 96 e na 224; nos dois últimos casos, os processos tiveram seguimento negado em decorrência de vícios formais. Já na ADPF 94, foi levantada a questão do requisito da subsidiariedade, tendo sido extinta a referida ADPF.

Na ADPF 94 questionou-se a interferência do Ministério Público do Trabalho em atividades sindicais em decorrência da interpretação do artigo 83, incisos III e IV, da Lei Complementar nº 75/1993, que trata as atribuições do Ministério Público do Trabalho. Já a ADPF 96 dizia respeito à atuação do Ministério Público do Trabalho no sentido de impedir, seja qual for a forma adotada, que entidades sindicais cobrassem o pagamento de contribuições de todos os integrantes das categorias representadas.

A ADPF nº 224 tratou de ato do Procurador-Geral do Estado do Ceará que sustou o pagamento da gratificação de desempenho fazendário aos servidores beneficiários do mandado de segurança coletivo especificado nos autos da referida arguição. Com isso, diferentemente do que poderia ser questionado inicialmente, o Ministério Público não figurou como legitimado passivo nas ADPFs em decorrência de atos praticados internamente, mas sim, devido à ingerência em entes externos, notadamente em arguições que envolveram assuntos de Direito Trabalhista.

Gráfico n° 5: Requerentes nas ADPFs

Fonte: elaboração própria, a partir de dados colhidos no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal.

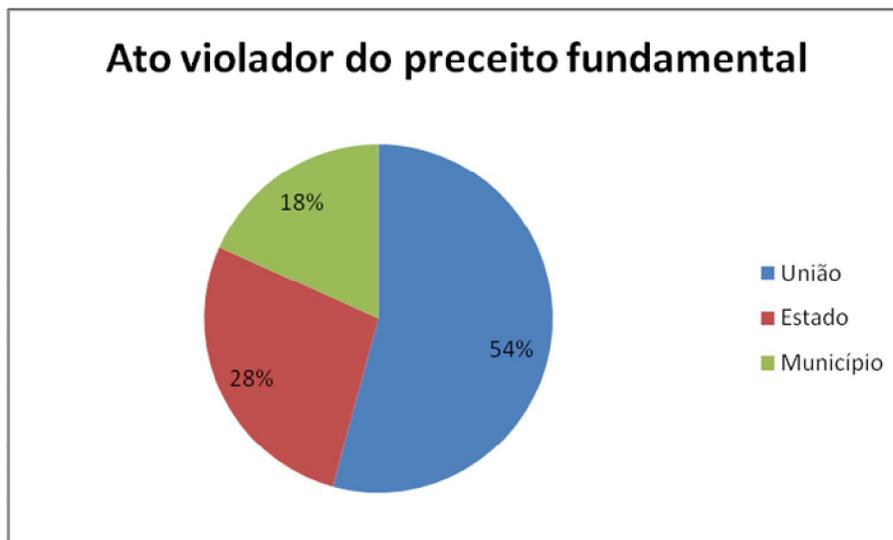
Nas ADINs, o responsável pelo maior número de proposituras são as confederações sindicais e as entidades de classe (26%), seguido pelos Governadores de Estado (24%). No total das ADPFs, também são verificados os mesmos legitimados ativos: confederações sindicais e entidades de classe, compondo 28%.

Portanto, grande parte das ADPFs são propostas majoritariamente pelas confederações sindicais e entidades de classe, em reação às normas editadas pela União (assuntos) e aplicadas pelo Poder Judiciário (requerido). Entretanto, em comparativo com as ADINs, nas arguições, o êxito é muito menor, reduzindo a utilidade deste instrumento como meio de favorecimento político do requerente. Ainda com relação aos legitimados passivos das ADPFs, o maior percentual de liminares indeferidas ocorreu nas arguições propostas pelo Poder Judiciário (32%).

Quando se faz comparativo com as liminares não concedidas às entidades de classe de âmbito nacional e às confederações sindicais (legitimados ativos), esse valor é de 27%, o que confirma ser o Judiciário Federal o maior favorecido pela improcedência das liminares e não realização do julgamento das ADPFs.

Apesar do reduzido índice de arguições que sofreram processo decisório, os dados do gráfico n° 5 confirmam a importância da propositura das arguições pelos representantes da sociedade civil – representada pelos partidos políticos, entidades de classe e confederações sindicais – interessados na obtenção das garantias asseguradas constitucionalmente.

Gráfico n° 6: Origem do ato violador



Fonte: elaboração própria, a partir de dados colhidos no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal.

O gráfico n° 6 aponta que, entre as arguições propostas, a maior parte das violações aos preceitos fundamentais decorre de atos praticados pelos poderes políticos no âmbito da União (54%). As violações de aspecto estatal totalizam 28% das 275 ADPFs propostas. Foi ainda observada, entre as arguições propostas, a presença de atos violadores de preceito fundamental decorrentes dos atos praticados pelos municípios (18%).

No total de arguições propostas, 50 (cinquenta) ou 18% foram contra ato municipal, das quais, a maioria - 28 arguições - não sofreu julgamento. Esse valor corresponde a 56% de ADPFs não julgadas contra atos de Municípios. Através desses valores, pode-se observar que a maior parte das arguições cujo ato violador é municipal, não foi decidida. As ADPFs municipais são de extrema importância, pois demonstram o controle concentrado de lei municipal pelo Supremo Tribunal Federal; apenas em outra situação há o controle das leis municipais: o realizado pelos Tribunais de Justiça.

Já no âmbito das arguições cujo ato questionado é de origem federal, 48% não sofreu processo decisório. Com relação aos atos decorrentes do âmbito estadual, 95% das arguições não passaram por processo decisório, grande parte aguardando julgamento ou tendo sido negadas seguimento.

O não julgamento das arguições de descumprimento é favorável ao Judiciário, que se beneficia com a continuidade dos efeitos produzidos pela norma violadora através de violações praticadas no âmbito estadual. No âmbito das julgadas, o benefício

é atribuído ao Poder Executivo Estadual.

Dessa forma, mais um dado reforça a hipótese da ocorrência de autocontenção judicial nas arguições de descumprimento de preceito fundamental: o elevado quantitativo de arguições que não sofrem julgamento, oriundas de atos do Poder Judiciário Estadual.

Confirmada a hipótese da ocorrência de autocontenção nas ADPFs, serão analisadas a seguir a inserção das ADPFs em pauta de julgamento, o julgamento das ADPFs e sua relação com o princípio da subsidiariedade e quais são as causas de mudanças no quadro de julgamento das ADPFs, determinando assim, um maior ou menor quantitativo de ações efetivamente julgadas no mérito.

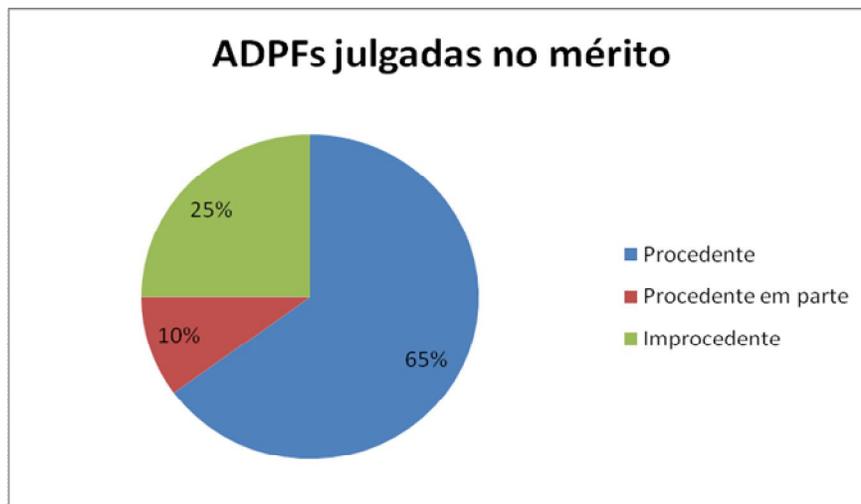
CAPÍTULO 4 – AS ARGUIÇÕES DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL E AS ESPECIFICIDADES NO SEU JULGAMENTO

4.1 Seletividade positiva nas arguições de descumprimento de preceito fundamental

O reduzido quantitativo de arguições de descumprimento de preceito fundamental utilizadas na defesa dos direitos e garantias fundamentais tem contribuído para que o instituto deixe de ser estudado de forma detalhada em relação às causas e efeitos do seu processo decisório. A autocontenção nas ADPFs tem sido responsável por um número cada vez menor de arguições julgadas por ano no Supremo Tribunal Federal.

Verificada a prática de autocontenção nas arguições de descumprimento de preceito fundamental, será analisada nesse momento a seletividade positiva, ou seja, os elementos que possibilitaram o julgamento de mérito das mesmas pelo Supremo Tribunal Federal, ainda que o processo decisório tenha apresentado reduzido quantitativo em comparação a outros instrumentos do controle concentrado de constitucionalidade.

Com relação às ADPFs julgadas no mérito, até o período de julho de 2013, apenas 20 (vinte) ADPFs do total de 275 (duzentas e setenta e cinco) sofreram processo decisório efetivo, o que corresponde a 8% de arguições. Desse modo, o conjunto das arguições propostas revela um reduzido percentual de julgamento pelo STF. Conforme verificado no capítulo antecedente, grande parte das arguições propostas (275 arguições) não foi conhecida devido à presença de vícios processuais. O gráfico nº 7 apresenta o resultado do julgamento nas ADPFs efetivamente julgadas:

Gráfico n° 7: Resultado das ADPFs julgadas no mérito

Fonte: elaboração própria, a partir de dados colhidos no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal.

No gênero das ADPFs efetivamente julgadas, estão inseridas as categorias das procedentes, procedentes em parte, improcedentes e arguições com liminar concedida. No processo decisório dessas arguições houve, portanto, o exame do mérito relativo à lesão do preceito fundamental, já que a lesão/descumprimento a preceito fundamental constitui um dos requisitos para o prosseguimento da ação.

Em análise abrangendo as quatro categorias de ADPFs citadas, foi constatado que, do total de 20 (vinte) arguições, 65% foram procedentes, 10% relativo às procedentes em parte e 25% restaram improcedentes. Considerando que as arguições cuja liminar foi concedida, enquadram-se na espécie das ações procedentes, o índice correspondente às liminares concedidas foi de 30%. Esses valores servirão de base para avaliarmos quais requisitos têm sido considerados pelos Ministros do STF para que haja a concessão do efetivo processo decisório nas ADPFs.

De acordo com o gráfico n° 7, no âmbito das arguições julgadas no mérito, o percentual que poderia inicialmente ser considerado elevado, quando confrontado com o índice referente às ações diretas de inconstitucionalidade, revela o pequeno índice de julgamentos das arguições de descumprimento de preceito fundamental.

As arguições prejudicadas, negadas seguimento, não conhecidas, aquelas que aguardam serem julgadas e as que não tiveram o pedido liminar concedido, não sofreram processo decisório, uma vez que não houve o exame do mérito relativo à lesão do preceito fundamental. Incluem-se nesse grupo também as que foram recebidas como ADINs e as que foram extintas. Essa categoria de ADPFs foi objeto de análise do

capítulo anterior, na verificação da presença de autocontenção judicial no controle concentrado.

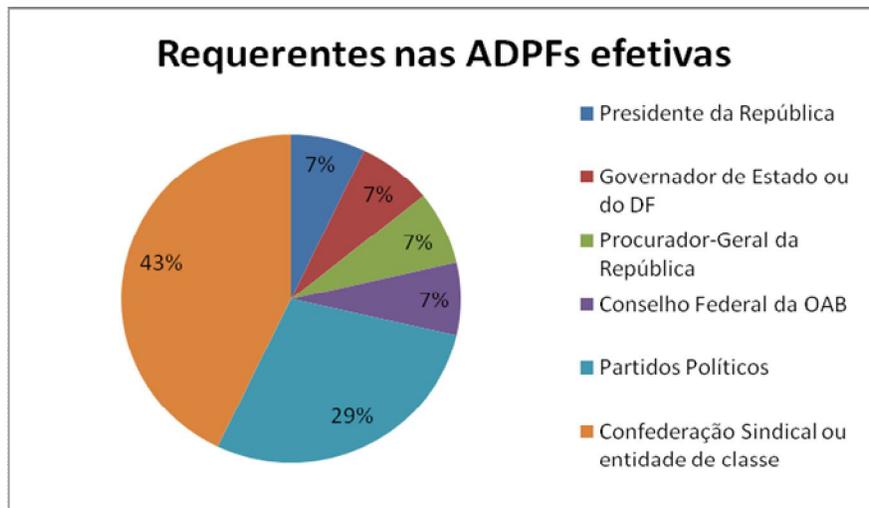
Nesse grupo, o não julgamento das ADPFs ocorre em grande parte devido à inobservância de requisitos formais, desvinculando o pedido dos pressupostos necessários à sua propositura. Além do referido aspecto, outros fatores, como o requisito da subsidiariedade, os requerentes, os assuntos e o comportamento dos Ministros Relatores ao decidirem, exercem grande influência no resultado do processo decisório.

Por ser necessária a existência da violação ao preceito fundamental, não serão excluídas da análise em relação ao julgamento efetivo os processos em que os pedidos foram julgados improcedentes, já que não obstam a continuidade da produção de efeitos pelo ato ou norma impugnados. Essas ADPFs serão consideradas aqui, para fins de estudo da seletividade positiva, onde se observa que ocorre a análise do mérito, no entanto, por não apresentarem os elementos favoráveis ao julgamento pelo Supremo, são consideradas improcedentes.

Também interessam ao presente capítulo as ADPFs procedentes e as procedentes em parte, inseridas na categoria das efetivamente julgadas. Por meio delas, foram verificados os fatores considerados pelo Supremo Tribunal Federal para que ocorra o julgamento efetivo, capaz de surtir efeitos no sistema jurídico, político e social brasileiro.

Verificou-se que, desde a inclusão da medida pela Emenda Constitucional nº 3/93 até o dia 08/07/13, 7 (sete) arguições foram julgadas procedentes e 2 (duas) procedentes em parte, totalizando respectivamente, os percentuais de 35% e 10% no grupo das 20 (vinte) ADPFs efetivamente julgadas (procedentes, procedentes em parte, improcedentes e concedida liminar).

Com relação aos legitimados para a propositura das arguições, no quantitativo das 20 ADPFs efetivas, destacam-se como maiores requerentes as confederações sindicais e as entidades de classe de âmbito nacional, com 43% de arguições, seguidos pelos partidos políticos com representação no Congresso Nacional, que propuseram 29% das arguições, conforme o gráfico nº 8. Esse padrão é repetido no âmbito total das ADPFs, onde confederações sindicais e as entidades de classe de âmbito nacional são os maiores requerentes das ações.

Gráfico n° 8: Requerentes nas ADPFs julgadas no mérito

Fonte: elaboração própria, a partir de dados colhidos no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal.

Nas ADINs, as confederações sindicais e as entidades de classe são responsáveis pelo maior número de proposituras (26%), seguidas pelos Governadores de Estado (24%). No total das ADPFs, também são verificados os mesmos legitimados ativos: confederações sindicais e entidades de classe, com valor correspondente a 28%.

A partir dos dados constantes no gráfico n° 8, destaca-se que a propositura das ADPFs por parte do Poder Executivo no âmbito Estadual demonstra a necessidade do respeito à soberania do Estado e do princípio federativo, constituindo mais um elemento que conduz ao julgamento das arguições.

A situação dos requerentes é semelhante ao total das ADPFs quando a análise é realizada nas arguições que sofreram julgamento efetivo: quem mais propõe são as confederações sindicais e as entidades de classe (43%), contudo, seguidas pelos partidos políticos com representação no Congresso Nacional (29%). Em relação ao Presidente da República, verifica-se um percentual mínimo nas ações diretas de inconstitucionalidade, correspondendo a 0,2%, enquanto nas ADPFs, apresenta um percentual mais elevado (7%), mantendo-se em situação de equilíbrio com os Governadores de Estado, Procurador-Geral da República e Conselho Federal da Ordem dos Advogados Brasil.

Assim como ocorreu com a análise da totalidade de ADPFs propostas (275), os dados do gráfico n° 8 apresentam também a mesma situação de propositura das arguições pelos representantes da sociedade civil – representada pelos partidos políticos, entidades de classe e confederações sindicais.

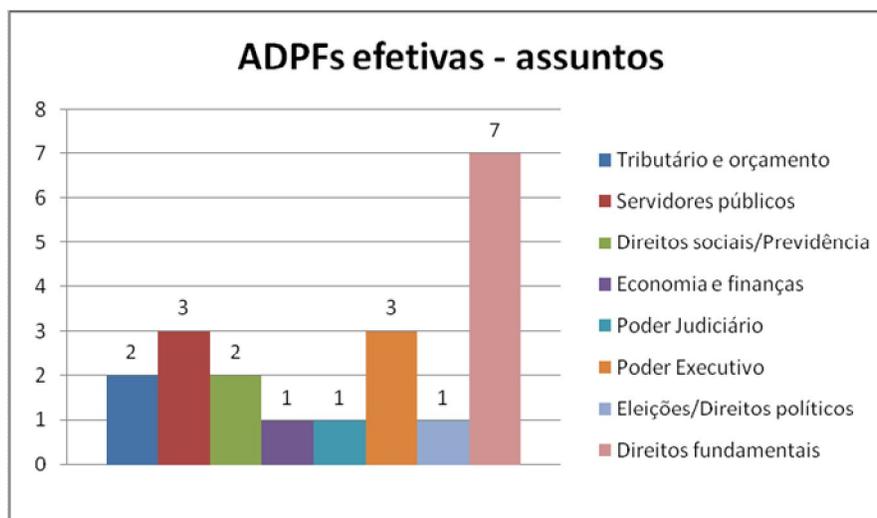
Portanto, grande parte das ADPFs são propostas majoritariamente pelas

confederações sindicais e as entidades de classe, em reação aos atos praticados pelo Poder Judiciário – maior requerido nas ações propostas. Há elevada procura pela utilização das arguições por minorias como forma de efetivação de suas demandas. Destaca-se que nenhuma ADPF foi proposta pela Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara dos Deputados ou pela Mesa de Assembleia Legislativa (gráfico nº 11).

Ainda com relação aos legitimados ativos das ADPFs, o maior percentual de liminares deferidas ocorreu nas arguições propostas pelos Governadores de Estado (25%). Quando se faz comparativo com as liminares concedidas às entidades de classe de âmbito nacional e às confederações sindicais, esse valor cai para 15%, confirmando ser o Executivo Estadual o maior favorecido pela efetividade no julgamento de suas ADPFs com pedido de liminar. Porém, esse elemento não contribui para que haja efetivo julgamento, uma vez que na prática judiciária o princípio da subsidiariedade será um dos instrumentos usados para selecionar as questões passíveis de julgamento, funcionando como requisito para a continuidade do processamento da ação.

A seletividade das questões políticas é verificada no controle concentrado de constitucionalidade a partir do momento em que grande percentual de arguições não sofre processo decisório. A natureza do conteúdo apresentado na petição inicial, nesse instituto de defesa aos preceitos fundamentais, como supostamente tendo sofrido violações ou ameaças, é um dos fatores que contribuem para o julgamento efetivo.

Gráfico nº 9: ADPFs efetivamente julgadas - assuntos



Fonte: elaboração própria, a partir de dados colhidos no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal.

O dado referido apresenta quais são os temas constantemente analisados no

momento em que as ADPFs são julgadas: com 35% (7 ADPFs), aparecem os assuntos relativos aos direitos fundamentais e acesso à justiça. Em seguida, ambos com 15%, estão as arguições que têm por assunto as questões relacionadas ao Poder Executivo e aos servidores públicos (3 ADPFs), o que indica um conflito entre esses sujeitos, destacando-se as questões relacionadas à remuneração dos servidores e alterações nas mesmas realizadas pelo Poder Executivo.

No entanto, em relação aos assuntos objeto das ADPFs, observa-se que nas efetivamente julgadas os direitos fundamentais aparecem com uma distância maior em relação ao quantitativo dos demais temas, o que não ocorre na totalidade de arguições, onde direitos fundamentais e assuntos relacionados ao Poder Executivo estão muito próximos - com diferença de um ponto percentual.

O gráfico nº 9 demonstra que a maior parte das ações efetivas diz respeito às garantias e direitos fundamentais relacionados nos artigos 5º ao 7º da Constituição, sendo as decisões amparadas pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Envolvendo temas de grande repercussão na sociedade e às quais o Legislativo se omite, faz-se imprescindível a atuação urgente do Poder Judiciário para evitar lesão aos preceitos fundamentais, por isso, a seletividade positiva dessas arguições.

Apresentando os valores obtidos, quando comparados os assuntos das arguições em sua totalidade e nas efetivamente julgadas, no grupo das 275 ações, os assuntos relacionados ao Poder Executivo são maioria (52 ações), seguidos pelos direitos fundamentais (com uma diferença de um ponto percentual - 51); já nas julgadas efetivamente, a situação se inverte, aumentando a distância entre os assuntos relacionados aos direitos fundamentais (7 ações) e ao Poder Executivo (3 ações), que aparece juntamente com as questões relacionadas aos servidores públicos (3 ações).

Por omissão do Legislativo, amplitude da norma constitucional, conceitos vagos, necessidade de proteção urgente ao preceito fundamental e ausência de solução prevista na Lei Maior, os juízes realizam a interpretação judicial das normas, aplicando, para tanto, a criatividade e a discricionariedade na busca dos fundamentos adequados ao processo decisório. Há, portanto, um novo modo de agir dos magistrados, decorrente das transformações proporcionadas pelo advento do Estado Democrático de Direito.

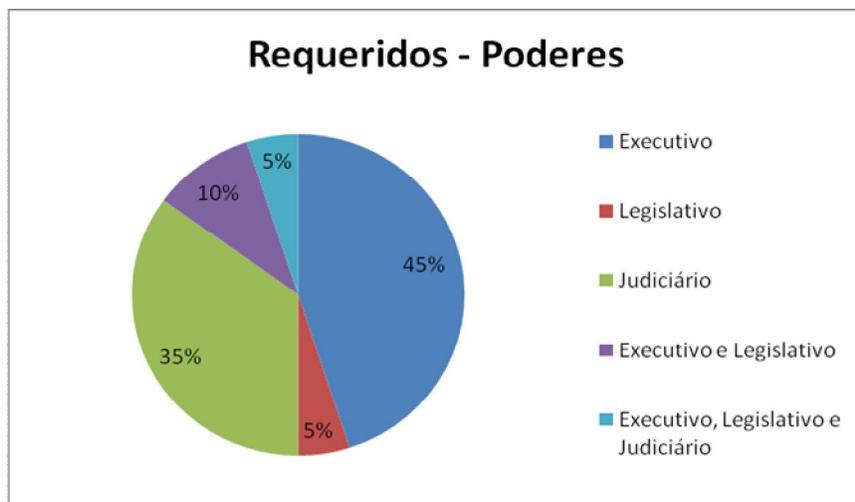
A partir da expansão do poder judicial, foi permitida a atuação do Poder Judiciário quando houver omissão do legislador referente à proteção dos preceitos fundamentais. Em relação às ADPFs, o ato de não julgar - decorrente da seletividade - caracteriza uma opção política, mantendo os efeitos do ato impugnado e proporcionando

benefícios ao ente político responsável por sua edição. Assim, por ser bastante seletivo, o Supremo exerce autocontenção judicial. Do mesmo modo, há opção política do magistrado nas arguições julgadas improcedentes: para tanto, não houve a tomada de decisões.

Assim, dessas arguições analisadas, apresenta-se como características comuns em relação aos processos julgados, no que tange ao assunto, aqueles relacionados aos direitos fundamentais contidos no art. 5º da Constituição - dignidade da pessoa humana, isonomia, princípio do juiz natural, garantia do duplo grau de jurisdição proteção à saúde pública e proteção ao meio ambiente - representando 35% das arguições de descumprimento submetidas ao processo decisório efetivo.

Por fim, verifica-se que as arguições efetivamente julgadas foram conhecidas pelo Supremo a partir de decisões fundamentadas no princípio federativo e na manutenção da ordem constitucional brasileira, destacando-se a proteção às cláusulas pétreas. O Supremo também os considera como elementos que possibilitam a seletividade positiva das arguições, vez que são preceitos indiscutivelmente fundamentais para a estruturação e organização do Estado brasileiro.

Gráfico nº 10: Legitimados passivos (Requeridos – Poderes)



Fonte: elaboração própria, a partir de dados colhidos no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal.

O gráfico nº 10 apresenta os entes públicos que violaram ou ameaçaram violar os preceitos fundamentais no âmbito das ADPFs efetivamente julgadas. Verifica-se que o Poder Executivo, de modo isolado, foi responsável pelo maior número de violações (45%), seguido pelo Judiciário (35%). No total de ADPFs propostas, a situação

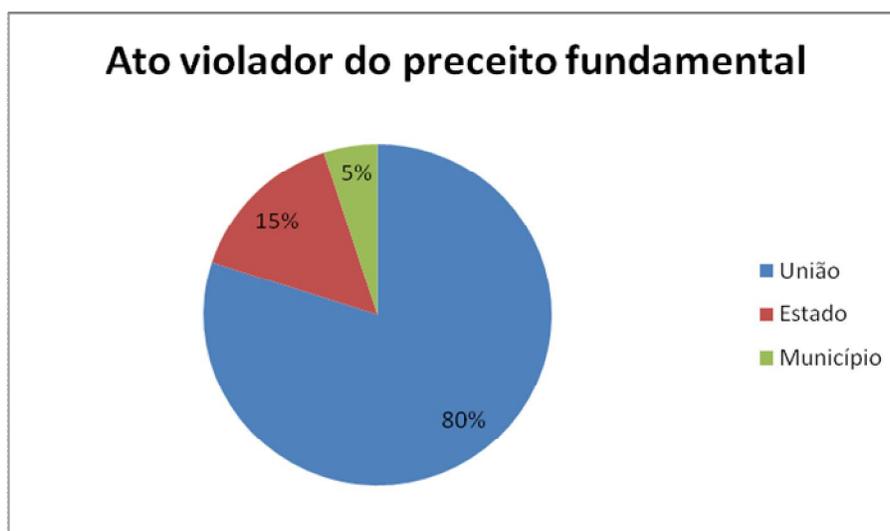
apresenta uma inversão, sendo o Judiciário o poder que mais ameaça ou viola preceitos fundamentais (33%), seguido do Poder Executivo, com 28% das arguições de descumprimento.

A comparação realizada entre os legitimados passivos aponta um fator relevante para a explicação do que tem motivado a autocontenção do Judiciário, conjuntamente com a seletividade positiva realizada pelos Ministros nas ADPFs: no âmbito geral, o Judiciário é o maior responsável pelas ameaças/violações; nas que sofreram julgamento efetivo, o Poder Executivo é o maior agente violador dos preceitos fundamentais.

O Poder Legislativo, ao contrário do que se poderia observar, é um dos poderes que menos ameaça/viola os preceitos fundamentais; sua inércia na elaboração de normas e medidas em prol do Estado é um indicativo desse reduzido número de processos (5%).

Por meio dos percentuais do gráfico nº 10, observa-se que, ao ser proposta uma ADPF em face do Executivo, este exerce controle sobre o Poder Judiciário no momento da prática do ato, mas tal controle não se sobrepõe à autonomia daquele poder, pois a ideia de vigilância e controle recíprocos entre os poderes traz elementos que caracterizam o moderno princípio da separação dos poderes. O que se verifica é que o Judiciário não decide as arguições nas quais ele próprio figurou como violador aos preceitos fundamentais, passando a analisar o mérito das ADPFs propostas contra o Poder Executivo.

Gráfico nº 11: Origem do ato violador do preceito fundamental



Fonte: elaboração própria, a partir de dados colhidos no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal.

O gráfico nº 11 aponta que, entre as arguições efetivamente julgadas, a maior parte das violações aos preceitos fundamentais decorre de atos praticados pelos poderes políticos no âmbito da União (80%). As violações de aspecto estatal totalizam um índice bem menor se comparado aos atos da União: 15% das ADPFs efetivamente julgadas (procedentes e procedentes em parte). Foram ainda constatados, entre as arguições julgadas, pouquíssimos atos violadores de preceito fundamental decorrentes dos atos praticados pelos municípios (5%). A maior parte das arguições julgadas no mérito são propostas contra atos do Poder Executivo (45%), seguidas daquelas em face do Judiciário (35%) e finalmente das decorrentes do Poder Legislativo (5%).

Portanto, conforme a análise realizada, a seletividade positiva compreende a escolha das ADPFs que serão levadas a julgamento pelo Supremo Tribunal Federal. O efetivo julgamento das arguições por descumprimento a preceito fundamental decorre da seletividade positiva, que por meio do processo decisório, torna possível a produção de efeitos concretos no âmbito social, político e jurídico.

Desse modo, o Supremo Tribunal Federal exerce seletividade tanto em relação às ações diretas de inconstitucionalidade como também nas arguições de descumprimento a preceito fundamental. Contudo, nestas, a seletividade ocorre de modo ainda mais intenso do que nas ADINs.

O conteúdo apresentado como tendo sofrido violações ou ameaças é um dos elementos que permitem o julgamento efetivo nesse instituto de defesa aos preceitos fundamentais. Também foi constatado que o julgamento efetivo ocorreu por ser incabível a revisão das questões e não por inexistir solução para o caso, decorrente da sociedade civil.

A análise das ADPFs, observando a existência de padrões quanto aos requerentes (legitimados ativos), assuntos envolvidos na questão, diferenças e semelhanças entre as julgadas procedentes e as procedentes em parte, origem do ato público questionado (Federal, Estadual ou Municipal) e o efetivo julgamento da arguição permitem afirmar a existência da seletividade positiva, resultando no efetivo julgamento das ADPFs.

As arguições de descumprimento julgadas no mérito apresentam em comum a busca pelas confederações sindicais e entidades de classe, do cumprimento dos direitos fundamentais resguardados no artigo 5º da Constituição Federal. Ao julgar tais ações, o Supremo observa se está havendo o devido respeito às cláusulas pétreas e ao princípio federativo, com exceção dos atos lesionadores a preceito fundamental decorrentes do próprio Judiciário, que permanecem em grande parte sem julgamento; o julgamento dos

princípios contidos no artigo 5º da CF/88 tem por finalidade assegurar a manutenção da estrutura e funcionamento adequado do Estado. O princípio da subsidiariedade contribui para a maior seletividade das questões políticas levadas ao Supremo Tribunal Federal.

Por envolverem assuntos de grande repercussão no âmbito social, em relação aos quais os outros poderes do Estado foram omissos na realização dos interesses da sociedade, o Poder Judiciário atuaria impedindo lesão aos preceitos fundamentais, contudo, não é o que se verifica quando da análise da totalidade de arguições propostas e as efetivamente julgadas: há preferência pelo julgamento das arguições contra atos do Poder Executivo em detrimento das violações decorrentes do próprio Judiciário, decorrendo daí a autocontenção judicial.

Poucas são as ADPFs julgadas no mérito, impossibilitando que grupos de interesses minoritários utilizem efetivamente os tribunais como forma de tornarem inviáveis as alterações nas políticas públicas obtidas pelas majorias. No entanto, entre as efetivamente julgadas, obtiveram maior índice de produzir efeitos concretos as arguições propostas pelo Chefe do Executivo Estadual.

A decisão judicial apresenta-se influenciada pelas ideologias do juiz, recebendo contornos políticos pela possibilidade de seus efeitos interferirem nas políticas públicas, especialmente com a utilização do princípio da instrumentalidade como discurso para a seleção das questões a serem julgadas. Assim, existe interferência entre direito e política, vez que, a norma representa a vontade da maioria Legislativa e ao decidir, o juiz adota posicionamento contra ou a favor dessa maioria ou das minorias.

A inefetividade das instituições majoritárias e sua conseqüente incapacidade de prover as necessidades sociais fazem com que as confederações sindicais e entidades de classe sejam responsáveis pelo segundo maior percentual de propositura das ADPFs, revelando constante procura pela utilização das arguições por minorias como forma de efetivação de suas demandas.

No que se refere à legitimação passiva nas arguições de descumprimento propostas, o Judiciário Federal foi o ente responsável pelo maior percentual de violações aos preceitos fundamentais ao aplicar e interpretar as normas editadas pela União, desse modo, no entanto, o ente que mais sofreu controle concentrado de constitucionalidade nas ADPFs efetivamente julgadas foi o Executivo Federal. Os atos praticados pelo Executivo constituem assim, o objeto das arguições propostas pelas confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional – requerente em maior percentual tanto nas arguições de descumprimento propostas em totalidade quanto nas

julgadas efetivamente.

Conforme visto, devido à circunstância de o julgamento precedente proporcionar benefícios ao requerente da ADPF, enquanto a improcedência ou o não julgamento favorecerem o ente responsável pela produção da norma que viola ou ameaça preceito fundamental, o Judiciário Federal é o poder requerido mais beneficiado pelo não julgamento efetivo das ADPFs. No total, quem mais propõe são as confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional, situação semelhante à ocorrida nas ADINs.

Portanto, o Supremo Tribunal Federal adota como elementos que permitem o efetivo julgamento das ADPFs: a apresentação da violação aos preceitos fundamentais assegurados no art. 5º da Constituição Federal e mesmo quando veiculados outros assuntos, desde que, violando ou ameaçando preceitos do referido artigo sejam preenchidas as condições de admissibilidade da ação e não tenham como requerido (na maior parte dos casos) o Poder Judiciário; a aplicação do princípio da subsidiariedade permite o julgamento das questões, caso contrário, serão objeto de ação direta de inconstitucionalidade. Esses assuntos e princípios constantemente são apresentados nas situações relevantes e com maior repercussão na sociedade, escolhidas para julgamento.

Serão julgadas no mérito as ADPFs que trouxerem esses elementos em seu conteúdo, o que confirma a existência de intensa seletividade das questões pelo Supremo. Estas escolhas são possíveis por conta do aumento dos poderes de intervenção dos tribunais na arena política: o não julgar, decorrente da seletividade, representa a opção política dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

A análise dos dados obtidos acerca do funcionamento das ADPFs possibilita a verificação do fenômeno da autocontenção do Poder Judiciário quando do julgamento deste instituto. A autocontenção está presente quando, ao se depararem com casos de difícil solução e que, para tanto seja necessário o exercício da criatividade na interpretação jurisdicional, os magistrados adotem posicionamento mais contido, julgando apenas as questões que entendam urgentes, entre as que não foram solucionadas pelos demais poderes ou aquelas em que não haja custo político para o julgador.

O Supremo Tribunal Federal adota uma postura de abstenção voluntária em relação ao julgamento das ADPFs devido às questões políticas já haverem sofrido judicialização por meio das ações declaratórias de constitucionalidade julgadas anteriormente a elas. Porém, em meio ao reduzido número de ADPFs julgadas, através

dos Ministros Relatores, o Supremo seleciona algumas situações específicas suscitadas nessas arguições para serem decididas em virtude de sua relevância e maior repercussão na sociedade, como por exemplo, as ADPFs que versam sobre a Lei de Imprensa, remuneração de servidores públicos, importação de pneus usados e recentemente a questão da antecipação terapêutica da gestação de fetos anencefálos e o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar e aplicação à mesma do regime concernente à união estável – ADPFs 54 e 132, respectivamente. Esta última, inclusive foi convertida em ação direta de inconstitucionalidade (ADIN nº 4277).

4.2 O poder dos Ministros ao proferirem decisões em sede de ADPF

A independência e ampliação dos poderes do Judiciário, alcançada a partir das novas democracias e das modificações nos textos constitucionais, tornou possível o maior poder de tomada de decisões desse poder estatal. Inovações, como por exemplo, a criação dos Tribunais Constitucionais e Conselhos de Justiça foram resultados dessa época de intensas e profundas transformações políticas, sociais e institucionais.

Em decorrência da grande interferência do Poder Executivo nas atividades e escolha dos membros do Judiciário, gerando críticas ao modelo de independência deste perante os demais poderes, houve a criação dos conselhos de Justiça para a fiscalização e manutenção da independência do Judiciário (CARVALHO; LEITÃO, 2013, p.13).

Do mesmo modo que nos Conselhos de Justiça originados na Europa, os latino-americanos também buscaram impedir a intervenção do Poder Executivo no Judiciário, além de estabelecer meios de gestão e organização para este último, atribuindo aos seus membros as prerrogativas da irredutibilidade de subsídio, inamovibilidade e, em alguns casos, a garantia da vitaliciedade. Desse modo, tinha-se por objetivo impedir as trocas de favores entre políticos e magistrados.

A pressão internacional e a percepção interna de poderes judiciários sem controles, lentos e pouco eficientes nas resoluções de conflitos cotidianos foram os combustíveis necessários para mover o pesado moinho da mudança institucional em prol da criação dos conselhos (CARVALHO; LEITÃO, 2013, p.14).

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal recebeu da Constituição Federal de 1988 o poder de decidir em última instância questões de âmbito constitucional e sobre o

sistema de revisão judicial, fazendo com que a cúpula do Judiciário tenha sua capacidade de interferência nas políticas públicas potencializada.

A fragmentação do sistema político é apontada como elemento favorável ao protagonismo judicial: quanto maior a distribuição do sistema político, maior a possibilidade de o Poder Judiciário funcionar como ator de destaque nas decisões judiciais (CARVALHO; LEITÃO, 2013, p.14). Referida fragmentação limita a capacidade de formular políticas ou legislar por parte dos demais poderes estatais; assim, não podendo o Executivo e Legislativo agir, a sociedade procura a solução dos conflitos em outra instituição e, nesse caso, os tribunais geralmente exercem tal função.

A capacidade de poder influenciar nas decisões e rejeitar àquelas que são provenientes do Legislativo e Executivo em um ambiente político fragmentado, transformou o Judiciário em principal ator nas decisões de grande repercussão social. Além da fragmentação política, conforme apontado em capítulos anteriores, o desenho institucional ampliou as condições para que o Poder Judiciário atuasse dessa forma (CARVALHO; LEITÃO, 2013, p.16).

O poder dos magistrados frente aos órgãos dos demais poderes estatais dependerá dos poderes constitucionais atribuídos aos juízes para decidirem conflitos que envolvam órgãos dos poderes representativos, como também do contexto político do qual os magistrados fazem parte.

Podemos afirmar com grande margem de acerto que, no Brasil, por exemplo, as prerrogativas funcionais, tais como inamovibilidade, irredutibilidade dos subsídios e a vitaliciedade no cargo, aliadas à revisão judicial, tornaram o poder Judiciário um poder independente e com indiscutível capacidade de barganha sobre seus interesses (CARVALHO; LEITÃO, 2013, p.16).

Desse modo, verifica-se através do estudo relativo às ações do controle concentrado de constitucionalidade, que no Brasil o Judiciário possui forte influência no processo decisório, seja relativo às questões de competência do Judiciário, seja nas decisões que deveriam ser de competência dos demais poderes públicos.

Ao analisar as ações diretas de inconstitucionalidade, Carvalho (2009) observou que alguns legitimados ativos possuíam maior aceitação dos seus pedidos em sede de ADINs do que outros. A partir desse elemento e outros analisados por Carvalho, foi possível verificar que a estratégia de julgamento do Supremo Tribunal Federal obedeceu a uma lógica de seletividade e especificidade.

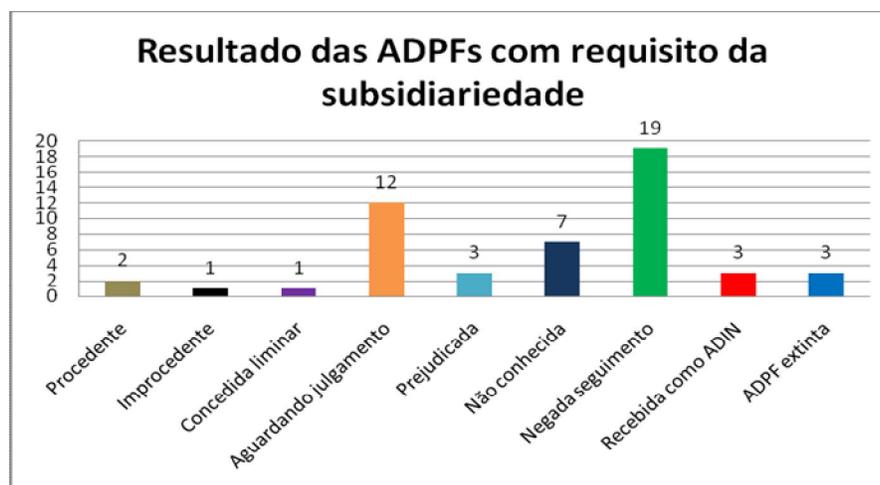
No caso das ADPFs, verifica-se na presente pesquisa que o Supremo também tem obedecido à lógica da seletividade e especificidade, uma vez que escolhe para serem julgadas as arguições de descumprimento a preceito fundamental que possuem elementos específicos e produzem maior discussão no âmbito social.

Juntamente com os assuntos, os legitimados nas ADPFs e os atos decorrentes do poder público, está o requisito da subsidiariedade, previsto no artigo 4º, §1º, da Lei nº 9.882/99 (lei que regulamenta as ADPFs). Por meio dele, a arguição de descumprimento não será admitida se existir outro meio eficaz de sanar a lesividade. A subsidiariedade nas ADPFs é considerada “uma condição especial e específica da ação” (SANCHES, ADPF nº 3, 2004) que, inexistente, impedirá o conhecimento desse mecanismo de controle constitucional.

A filtragem do que pode constituir objeto de impugnação nas arguições é também realizada pelo princípio da subsidiariedade. Por isso, a análise neste momento centrou-se no total de arguições propostas e a ocorrência do requisito da subsidiariedade, sendo observado o quantitativo de ADPFs que não sofreu processo decisório efetivo.

Das 275 ADPFs propostas, em 59 esteve presente o requisito da subsidiariedade, o que representa 19% das arguições, enquanto 213 não receberam a alegação de existência da subsidiariedade, permanecendo, nesse último caso, grande parte sem sofrer a análise do mérito, tendo por resultado o status de não conhecida, negada seguimento, prejudicada ou ainda, aguardando julgamento. As demais arguições (3) não apresentaram a informação da subsidiariedade em seus autos.

Gráfico nº 12: Resultado das ADPFs com requisito da subsidiariedade



Fonte: elaboração própria, a partir de dados colhidos no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal.

Como pode ser observado no gráfico nº 12, 59 (cinquenta e nove) ADPFs foram consideradas por parte dos Ministros do Supremo, possuidoras do requisito da subsidiariedade. Delas, 23% (12 arguições) aguardam julgamento, 5% (3 arguições) receberam o status de prejudicadas, 14% (7 arguições) não conhecidas, 37% (19 arguições) tiveram seu seguimento negado, 5% (3 arguições) foram extintas e 5% (3 arguições) foram recebidas como ação direta de inconstitucionalidade.

Os percentuais acima referidos correspondem a 92% de arguições que não sofreram efetivo processo decisório em decorrência da existência do requisito da subsidiariedade, portanto, sendo necessária a utilização de outro mecanismo para a correção da lesividade/ameaça ao direito que não as ADPFs.

Contudo, 8% das arguições que não poderiam ser utilizadas de forma subsidiária a outros mecanismos para proteção aos preceitos fundamentais e portanto, também não sofreriam julgamento, tiveram seu mérito analisado, o que vai de encontro às disposições contidas na Lei nº 9.882/99, artigo 4º, §1º.

Nas 3 (três) ADPFs recebidas como ADINs e que apresentavam o requisito da subsidiariedade (ADPFs nº 72, 121, 143), a alegação para a conversão das mesmas foi que, nos casos apresentados, outro meio capaz de sanar a lesividade/ameaça poderia ter sido utilizado: a ação direta de inconstitucionalidade. Porém, no grupo das ADPFs que tiveram seu seguimento negado, também são encontradas situações idênticas, nas quais outro meio seria cabível para sanar a violação e que por isso, permaneceram as ADPFs sem julgamento do mérito, ao invés de ter ocorrido sua conversão.

Um exemplo da situação acima referida é a ADPF nº 178, que, mesmo não apresentando situação de aplicação subsidiária, foi convertida em ADIN nos mesmos moldes das arguições que eram subsidiárias a outras ações para impedir violação a preceito fundamental, conforme despacho do Ministro Gilmar Mendes (2009, p. 335) na ADPF nº 178:

Assim sendo, e com base na jurisprudência desta Corte (ADPF - QO nº 72, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 2.12.2005), conheço da ação como ação direta de inconstitucionalidade, cujo objeto é o art. 1.723 do Código Civil. Considerando-se a relevância da matéria, adoto o rito do art. 12 da Lei no 9.868, de 10 de novembro de 1999.

Interessante destacar que, no grupo das arguições que não apresentaram a subsidiariedade, as de nº 33, 47, 114 e 144 foram julgadas no seu mérito, situação que não deveria ter ocorrido, cabendo a utilização de outro instrumento processual para proteção aos preceitos fundamentais.

Tanto a arguição de descumprimento nº 33 quanto a 47, foram julgadas procedentes em seu mérito, confirmando que houve a análise do conteúdo das arguições em questão, mesmo no caso de não aplicação do requisito da subsidiariedade. Na arguição de nº 33, destaca-se o voto do Relator, Ministro Gilmar Mendes, acerca da subsidiariedade, ao afirmar que

[...] a existência de processos ordinários e recursos extraordinários não deve excluir, a priori, a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental, em virtude da feição marcadamente objetiva dessa ação. 15. Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada procedente para declarar a ilegitimidade (não-recepção) do Regulamento de Pessoal do extinto IDESP em face do princípio federativo e da proibição de vinculação de salários a múltiplos do salário mínimo (art. 60, §4º, I, c/c art. 7º, inciso IV, in fine, da Constituição Federal) (ADPF 33, 2008, n.p.).

A ADPF nº 114, por sua vez, não configurava a utilização do requisito da subsidiariedade; mesmo assim, foi julgada de modo efetivo, tendo sua liminar sido concedida. Para justificar a existência da subsidiariedade nessa ADPF, o Relator Joaquim Barbosa (2007, p.4) remete à decisão proferida na ADPF 74 no despacho de concessão da liminar, indicando uma interpretação flexibilizada das disposições contidas em lei:

[...] Se assim não se entendesse, a indevida aplicação do princípio da subsidiariedade poderia afetar a utilização dessa relevantíssima ação de índole constitucional, o que representaria, em última análise, a inaceitável frustração do sistema de proteção, instituído na Carta Política, de valores essenciais, de preceitos fundamentais e de direitos básicos, com grave comprometimento da própria efetividade da Constituição. Daí a prudência com que o Supremo Tribunal Federal deve interpretar a regra inscrita no art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, em ordem a permitir que a utilização da nova ação constitucional possa efetivamente prevenir ou reparar lesão a preceito fundamental, causada por ato do Poder Público (ADPF 74, 2007, n.p.).

Na arguição de nº 144, foi discutido o cabimento da ADPF para impugnar texto legal não recepcionado pela ordem constitucional de 1988; o mérito foi julgado desde logo, sendo a arguição considerada improcedente. No acórdão foi discutida a incompatibilidade processual referente aos Ministros do Supremo tribunal Federal que integraram o julgamento da matéria objeto da ADPF. Nos votos, sem debater a presença da subsidiariedade, os Ministros destacaram a missão do STF: “aplicar a Constituição,

ainda que contra a opinião majoritária (...) Por isso, acredito que nós estamos, hoje, cumprindo bem a missão, o *ethos* para o qual esta Corte se destina” (MELLO, 2010, p. 9).

A partir dessas ocorrências, verifica-se que as práticas decisórias no Supremo Tribunal Federal têm sido utilizadas no sentido de, a depender da violação ocorrida, sua repercussão social e interesses dos Magistrados, o julgamento ser realizado mesmo em oposição ao conteúdo das leis que regulam o controle concentrado de constitucionalidade.

Verificou-se que os Ministros do Supremo têm proferido decisões contrariamente à lei das ADPFs (Lei nº 9.882/99): mesmo violando a norma, os Ministros não observaram os requisitos estabelecidos na lei e julgaram assim mesmo. Assim, há a desconsideração dos defeitos de forma nas ADPFs por parte do Supremo Tribunal Federal e do requisito da subsidiariedade, demonstrando que a instrumentalidade das formas seria um discurso utilizado pela nossa Suprema Corte para a prática da autocontenção judicial implícita e a seletividade dos casos que irão a julgamento.

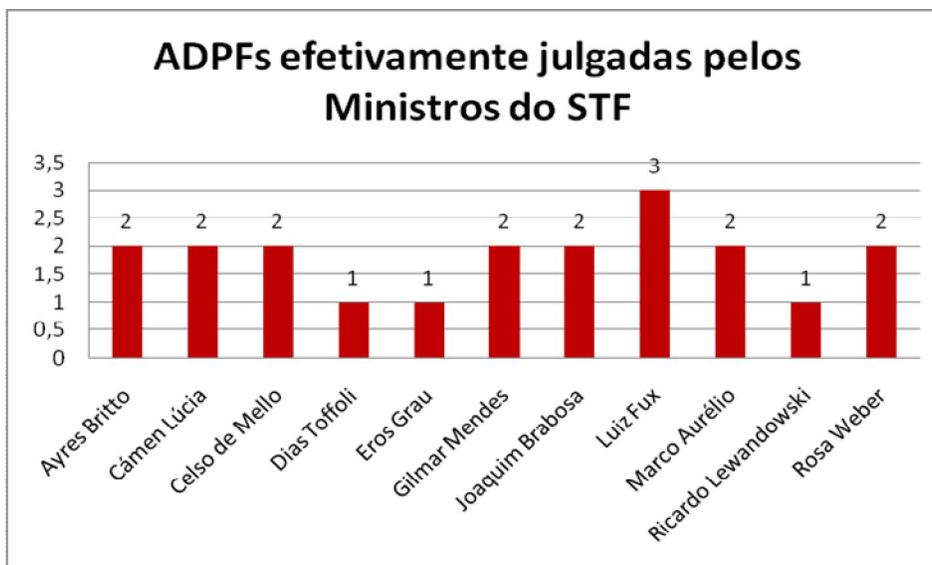
Esse modo de aplicação do princípio da subsidiariedade, qual seja, a inobservância dos critérios especificados na Lei 9.882/99, é capaz de gerar efeitos prejudiciais à utilização das arguições, reduzindo o sistema concentrado de fiscalização da constitucionalidade exercido por meio dessas, ocasionando o esvaziamento do referido instrumento processual na proteção aos preceitos fundamentais.

A prática da autocontenção judicial ocorre também através da não aplicação da subsidiariedade para impedir que as ADPFs sejam analisadas em seu mérito e tenham seguimento perante o Supremo Tribunal Federal: conforme os interesses políticos envolvidos na causa, a subsidiariedade poderá não ser reconhecida pelos Ministros, impedindo com isso a ocorrência do julgamento efetivo, o que favorece a prática da autocontenção judicial implícita. Esse é outro elemento que pode contribuir para o reduzido número de arguições efetivamente julgadas.

A relação das arguições julgadas por cada um dos Ministros relatores também foi analisada, para tanto, sendo mantidos os estudos relacionados aos grupos das ADPFs cuja seletividade foi positiva (efetivamente julgadas) e aquelas cuja seletividade foi negativa (não julgadas no mérito). Deve-se ressaltar que nos gráficos nº 13 e 14 a análise foi realizada nas arguições propostas desde o ano 2000 até julho de 2013, o que inclui nomes de Ministros que não mais integram os quadros do Supremo Tribunal

Federal. O gráfico a seguir refere-se às ações efetivamente julgadas:

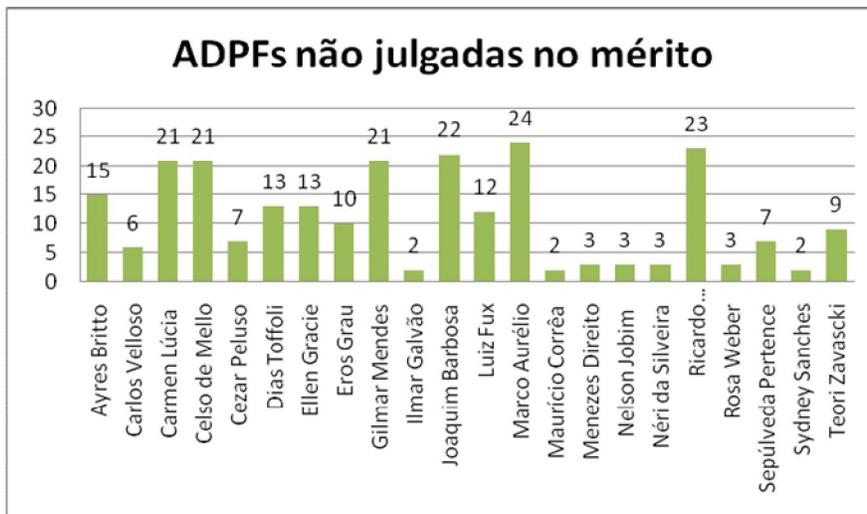
Gráfico n° 13: ADPFs efetivamente julgadas pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal



Fonte: elaboração própria, a partir de dados colhidos no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal.

Segundo os dados acima, os Relatores mantiveram um padrão concernente ao julgamento do mérito das arguições, salvo o Ministro Luiz Fux, que julgou 3 (três) das 20 arguições efetivas, ou seja, 15% dessas ações. Com isso, os demais Ministros adotaram posicionamento no sentido de serem mais seletivos quando comparados com o Relator Luiz Fux. No entanto, quando analisada a amostra das 275 ADPFs, lideraram o índice de não julgamento das arguições os Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Joaquim Barbosa, segundo dados a seguir.

Gráfico n° 14: ADPFs não julgadas pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal

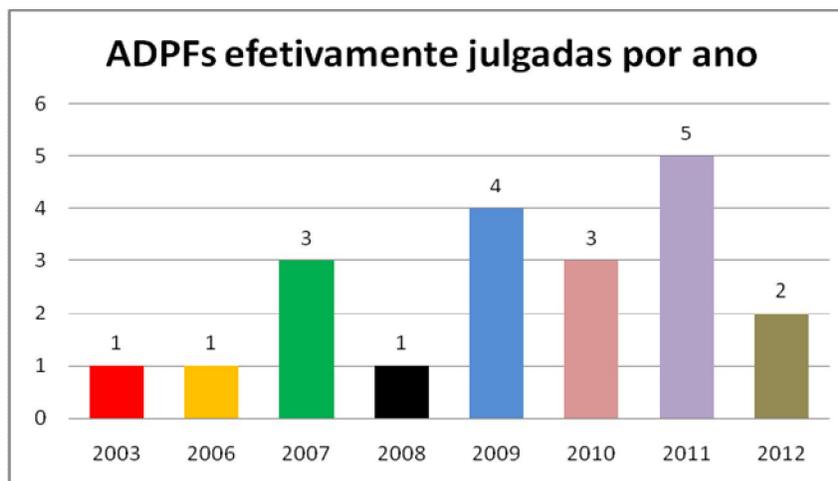


Fonte: elaboração própria, a partir de dados colhidos no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal.

4.3 Causas de mudanças no quadro de julgamento das ADPFs

Além dos fatores que possibilitam a prática da autocontenção judicial nas ADPFs, verificados anteriormente, a análise de outros elementos, juntamente com os já encontrados, poderá constituir novos indicativos dessa prática. Neste momento, analisaremos as hipóteses que determinam as mudanças no quadro de julgamento nas arguições de descumprimento de preceito fundamental. Dentre eles, iniciaremos pelo estudo do quantitativo de arguições julgadas por ano.

Gráfico n° 15: ADPFs efetivamente julgadas por ano



Fonte: elaboração própria, a partir de dados colhidos no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal.

No gráfico nº 15 são analisadas as arguições de descumprimento que sofreram julgamento efetivo desde a promulgação da Lei nº 9.882/99 até o período de julho de 2013, lapso temporal delimitado na presente pesquisa. Foi verificado que no ano de 2011 houve o maior número de julgamentos de ADPFs, com uma profunda queda do quantitativo de julgamentos no ano seguinte – 2012.

Verificou-se também que em 2013 houve processo decisório, mas sem a ocorrência da análise do mérito das arguições, não sendo portanto, abrangidas na presente análise, que engloba o grupo de arguições que sofreu seletividade positiva. Essas ações apresentam o status de arguição prejudicada e arguição cujo seguimento foi negado.

O quantitativo do gráfico acima chama atenção para a investigação das causas de mudança no quadro de julgamento das arguições: (1ª) a alteração nos assuntos objeto das ADPFs é capaz de modificar a quantidade de julgados? (2ª) Houve mudança nos requerentes das arguições entre os anos de 2010, 2011 e 2012? (3ª) O comportamento dos Ministros relatores é causa de mudanças no quantitativo de julgamentos das ADPFs?

A análise do primeiro aspecto, qual seja, os assuntos das ADPFs no triênio 2010, 2011 e 2012, revelou que os direitos fundamentais e o acesso à justiça são os assuntos em comum nesse período. Contudo, a avaliação dos julgamentos realizados por ano mostrou que em 2011 foram efetivamente julgadas 5 ADPFs, das quais 3 (três) tiveram como objeto direitos fundamentais, situação não verificada nos anos de 2003 a 2009. Esse pode ser um dos indicativos do aumento na quantidade de julgamentos ocorrida em 2011, conforme observado no gráfico nº 15.

Nos capítulos 3 e 4 desta pesquisa, quando analisadas as arguições de descumprimento propostas e as julgadas positivamente, verificou-se que os assuntos não são utilizados como mecanismo de restrição ao julgamento das ADPFs, no entanto a partir da análise feita por ano de julgamento, verifica-se que eles contribuem para o aumento do número de processos decisórios efetivos.

Em decorrência de a literatura jurídica e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal apontarem como preceitos fundamentais um rol extensivo de elementos, restringe-se a possibilidade de ser inadmitida uma ADPF em função de o requerente, quando do ajuizamento da ação, não apresentar o preceito fundamental estabelecido como correto pela lei, ampliando o âmbito de proteção realizado pela lei 9.882/99.

Os assuntos relativos aos direitos fundamentais e acesso à justiça foram os mais

veiculados tanto nas arguições que sofreram julgamento efetivo (20 arguições) quanto na totalidade das ADPFs propostas (275 arguições). Em seguida, assuntos que dizem respeito ao Poder Executivo e funcionários públicos também aparecem em ambos os grupos de ADPFs. No entanto, esse fato não impede que demais questões sejam analisadas pelos Ministros do Supremo. Por isso, os assuntos trazidos nas arguições são elementos capazes de alterar a quantidade de julgamentos, não de modo a reduzi-los, mas sim como fator de aumento dos julgamentos de mérito.

Diferentemente dos assuntos, foi possível verificar que em relação à admissibilidade das ADPFs, muitas não tiveram seguimento em decorrência de o ato questionado não ser considerado decorrente do poder público e nesse caso, o tipo do ato praticado funcionou como elemento impeditivo de julgamentos. Esse seria, juntamente com a inépcia da inicial e a ilegitimidade ativa *ad causam*, um dos fatores que podem ser utilizados para o não conhecimento das arguições, impedindo assim a ocorrência do processo decisório.

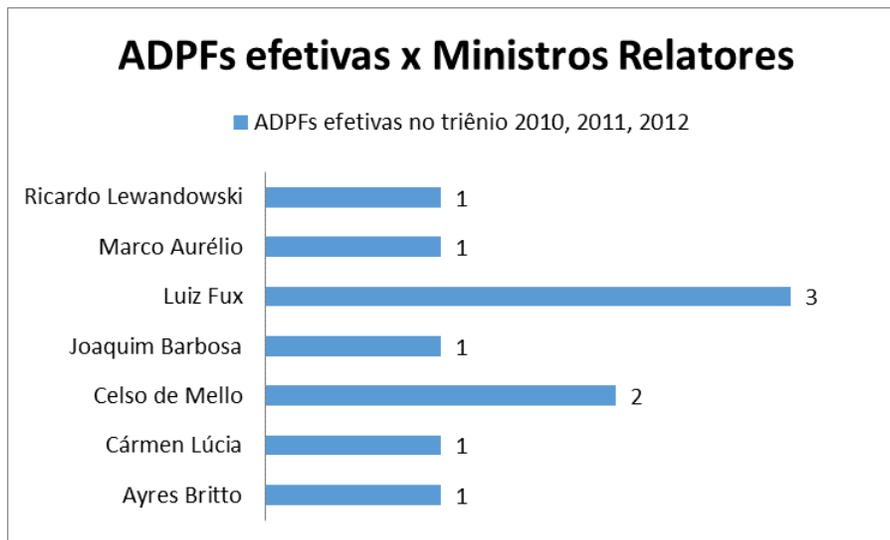
O segundo aspecto analisado diz respeito à investigação da mudança nos requerentes que propuseram as arguições entre 2010, 2011 e 2012. As confederações sindicais e entidades de classe constituem maioria dos requerentes no referido lapso temporal. No ano em que mais arguições de descumprimento foram julgadas, observou-se que, das 5 arguições, 2 tinham como requerentes confederações sindicais e entidades de classe. No ano de 2012 elas também estiveram presentes, juntamente com os partidos políticos, que constavam em 1 das 2 ADPFs julgadas. Por sua vez, em 2010, as confederações sindicais e entidades de classe figuraram como requerente em apenas 1 das 3 ações julgadas efetivamente. A partir dessas observações, foi possível verificar, especialmente em 2011, que os requentes das ADPFs não constituem elemento responsável pela mudança no quadro de julgamento das arguições.

A análise feita com relação aos legitimados ativos nas ADPFs mostrou que, no total de ações propostas e naquelas que sofreram julgamento, o maior beneficiado pelo processo decisório foi o Poder Executivo, o que reforça a hipótese de que os requerentes não constituem elemento responsável pela alteração na quantidade de julgamentos: em 2011, mesmo tendo sido julgadas 5 (cinco) arguições, a maioria não foi proposta por confederações sindicais e entidades de classe ou Governadores de Estado. Verificou-se uma situação de equilíbrio em 2010, 2011 e 2012 quanto aos requerentes das ações que sofreram julgamento.

O terceiro requisito que poderia ser um indicativo de alterações nos julgamentos

por ano das ADPFs está relacionado ao comportamento dos Relatores nessas ações. Para tanto, foram estudadas as ADPFs julgadas no triênio 2010, 2011 e 2012, o resultado de cada uma e os respectivos Relatores. O gráfico nº 16 é referente às ações efetivamente julgadas:

Gráfico nº 16: ADPFs efetivamente julgadas pelos Ministros Relatores (triênio 2010, 2011 e 2012)



Fonte: elaboração própria, a partir de dados colhidos no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal.

Conforme pode ser observado no gráfico acima, o Ministro Luiz Fux foi o responsável pelo maior número de julgados em sede de ADPF no triênio objeto de análise, tendo decidido de modo efetivo 30% das referidas ações. Os demais Ministros mantiveram um padrão de julgamento equivalente a 10% de arguições decididas no mérito. O Ministro Celso de Mello adotou comportamento intermediário aos demais Relatores analisados, tendo julgado 20% das ADPFs.

Porém, quando a análise foi direcionada aos julgamentos de cada Relator nos três últimos anos, verificou-se que apenas em 2010 o Ministro Luiz Fux proferiu julgamento em 2 (duas) arguições, mantendo-se nos anos seguintes o padrão de 1 (uma) ADPF para cada Relator por ano.

Mesmo com o reduzido quantitativo de ações, foi possível confirmar a hipótese de que, de acordo com a postura adotada pelos Relatores, no sentido de proferir voto favorável ou desfavorável ao prosseguimento da ação, haverá maior ou menor quantidade de ações julgadas. Esse comportamento não é mantido no total das 275 ADPFs, conforme pode ser verificado no gráfico nº 14.

Por fim, destaca-se que 43% das 275 arguições tiveram como local de origem o Distrito Federal, mas, para a obtenção desses resultados, foi necessário verificar uma a uma as petições iniciais em matéria de ADPF, vez que o sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal apresentou informações incompatíveis com o conteúdo das peças processuais.

Nesse estudo, a avaliação da origem dessas arguições foi realizada com base na matéria objeto de ADPF: grande parte constitui matéria de competência da União, por isso, foram enquadradas na variável cuja origem era o Distrito Federal. Em seguida, com 11% das arguições, surge o Estado de São Paulo e, posteriormente, os demais Estados, com uma média de 9 (nove) arguições.

Muitos erros de autuação das arguições foram verificados durante a coleta dos dados, que compreendeu o período de novembro de 2012 e julho de 2013. Apesar de constarem 282 arguições propostas no sítio eletrônico do STF, verificou-se que 7 (sete) arguições foram registradas de modo equivocado no sistema, de modo que são inexistentes. Duas das arguições excluídas da pesquisa eram agravos regimentais que foram autuados como ADPFs.

CONCLUSÕES

As modificações ocorridas nas ordens constitucionais no período pós Segunda Guerra Mundial tornaram possível a valorização do Judiciário como poder estatal capaz de solucionar muitos dos conflitos presentes no âmbito social, político, jurídico. A jurisdição constitucional, compreendida como função do Estado cuja finalidade é concretizar os mandamentos inseridos na Constituição, possibilitou que as estruturas normativas abstratas normatizassem a realidade fática.

A democracia também favoreceu a criação de ordens jurídicas direcionadas à proteção dos direitos e garantias que vieram previstos nas novas Cartas Constitucionais. Desse modo, com as alterações nas ordens jurídicas proporcionadas pelo constitucionalismo, tornou-se necessária a compreensão do controle de constitucionalidade das normas como instrumentos direcionados à concretização dos mandamentos constitucionais e resultantes do processo de expansão da atuação do Poder Judiciário.

Simultaneamente ao desenvolvimento da jurisdição constitucional e à valorização das atividades do Judiciário, os demais poderes públicos tiveram sua capacidade de solução de conflitos reduzida em decorrência do aumento da complexidade social e necessidade de um quantitativo maior de normas efetivamente capazes de solucionar os conflitos oriundos dessa sociedade pluralista que surgia. Desse modo, o Judiciário passou a ser considerado pela sociedade como o guardião das garantias e direitos fundamentais e único poder ao qual poderia recorrer para a solução dos conflitos e satisfação das reivindicações dos grupos de interesses.

Como resultado das modificações nos ordenamentos jurídicos, tornou-se possível a realização do controle de constitucionalidade das normas pelo Poder Judiciário; antes tal atividade era restrita aos Poderes Executivo e Legislativo. A prática de controle normativo, tendo se desenvolvido inicialmente na Europa e América do Norte, apresentou como sistemas que exerceram maior influência sobre o controle constitucional brasileiro, quais sejam, o controle concentrado e o difuso.

Por ter sofrido recente processo de democratização, a partir do advento da Constituição Federal de 1988 e com a adoção do sistema híbrido de controle de constitucionalidade, foi possível verificar no ordenamento jurídico brasileiro a ocorrência de práticas existentes no sistema norte-americano, quais sejam, a existência

de judicialização das questões políticas, ativismo judicial e autocontenção judicial, também denominada *judicial self-restraint*, autorestrição, autolimitação judicial.

No Brasil, a valorização das funções judiciais por parte do Constituinte Originário deu-se através da promulgação do texto constitucional de 1988, destacando-se a importância do controle normativo realizado pelo Poder Judiciário, que antes sofria restrições por parte do Poder Executivo e Legislativo para a sua realização. A partir do controle normativo judicial e diante da necessidade de efetivação dos direitos e garantias fundamentais, novos mecanismos de controle de constitucionalidade foram criados no ordenamento pátrio, dentre eles, a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), que constituiu objeto de estudo da presente pesquisa.

A arguição de descumprimento de preceito fundamental caracteriza-se por ser um dos instrumentos criados para proteger as diretrizes básicas de consolidação do Estado Democrático de Direito da República Federativa do Brasil. Através da ADPF, tem-se por objetivo evitar ou reparar lesão a preceito fundamental decorrente de atos praticados pelo Poder Público e também quando relevante o fundamento da controvérsia constitucional referente à lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

Porém, nem sempre as ADPFs são reconhecidas como meio apto para solucionar descumprimentos aos mandamentos constitucionais: por apresentarem reduzida utilização, poucos são os estudos realizados acerca desse instituto, acarretando o esvaziamento de sua importância no controle de constitucionalidade concentrado.

Pesquisas realizadas em âmbito nacional revelaram um contexto de práticas marcadamente ativistas por parte do Supremo Tribunal Federal, bem como a presença da judicialização. Diante dessas ocorrências, mesmo como inovações do texto constitucional de 1988, a análise do processo decisório das ADINs e ADPFs demonstrou formas distintas no julgamento realizado por nossa Suprema Corte.

Nas ADINs, há um elevado quantitativo de julgamentos, utilizadas pelos grupos de interesses como instrumento de contestação de políticas, o que as torna um recurso frequente perante o STF. No entanto, nas arguições de descumprimento de preceito fundamental, verifica-se situação oposta: há um quadro reduzido de ações que efetivamente sofreram processo decisório.

O presente trabalho teve por objetivo a compreensão da ocorrência da autocontenção judicial nas arguições de descumprimento de preceito fundamental, sendo analisadas as possíveis causas de estagnação do processo decisório das ADPFs,

dentre elas, a utilização do requisito da subsidiariedade como forma de impedir a realização dos julgamentos efetivos nas arguições.

Até o momento, a literatura brasileira dedica-se ao estudo do ativismo e da judicialização, existindo amplo material referente aos fenômenos. Entretanto, pouquíssimos são os trabalhos relacionados ao conteúdo da autocontenção judicial, destacando ser esse um fenômeno pouco estudado no âmbito jurídico brasileiro. Consequentemente verifica-se a ausência de critérios necessários à determinação do que vem a ser a autorestrição do Judiciário. Por isso, parte das fontes consultadas sobre o tema foi de origem estrangeira, englobando a literatura jurídica dos Estados Unidos para que fosse possível estabelecer um parâmetro de identificação da *judicial-self restraint* no ordenamento brasileiro.

Embora não muito pesquisada no âmbito jurídico nacional, a autocontenção do Judiciário constitui, assim como o ativismo e a judicialização, termo utilizado para referência a fins de abusos judiciais, ou seja, quando houver interesses por parte dos magistrados na resolução ou não de uma questão, alterando, por meio de algumas práticas, o resultado do processo decisório: no ativismo, são aplicadas às decisões hipóteses não previstas diretamente no texto constitucional, ampliando assim o conteúdo da interpretação normativa; na judicialização, ocorre a expansão do poder decisório do Judiciário e sua inserção na proteção do sistema político através das questões a ele conduzidas por grupos de interesses que objetivam promover alterações nos planos de execução das políticas públicas; na autocontenção, o magistrado utiliza suas preferências políticas e princípios morais para fundamentar a negativa de julgamento de um caso interferindo com isso, no resultado da decisão.

A compreensão brasileira acerca da autocontenção judicial difere da norte-americana, a partir da qual teve início a prática de restrição de julgamentos proferidos pelos magistrados em determinadas espécies de ações. A literatura jurídica nacional apresenta a autolimitação do Judiciário como sendo a adoção de uma postura respeitosa dos juízes para com os demais poderes estatais, ao evitar interferir nas ações do Executivo e do Legislativo, impedindo com isso, a aplicação direta da Constituição aos casos não expressamente previstos no seu plano de incidência. Por meio dessa interpretação estrita, o Judiciário passa a depender do pronunciamento do legislador originário para que ocorra o julgamento destas questões, bem como, a abstenção da interferência por juízes e tribunais nas questões de políticas públicas, utilizando critérios conservadores para que haja a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos

normativos.

De outra maneira, na literatura norte-americana, a *judicial self-restraint* é verificada quando o juiz utiliza suas preferências políticas e princípios morais para fundamentar a negativa de julgamento de um caso; também, quando age com prudência e cautela na utilização de suas opiniões – e nesse caso, tem-se o denominado “juiz respeitoso”, agindo de modo ainda mais limitado do que na primeira situação; há ainda autocontenção quando atua de modo a limitar as práticas políticas sobre o exercício do poder judicial. Portanto, a autocontenção não significa timidez quanto à proclamação das decisões, mas o uso, por parte dos magistrados, de suas preferências políticas e morais para a alteração do resultado de um caso prático, baseando-se na negativa de julgamento e conseqüentemente, reduzindo a quantidade de ações que são decididas pelo Tribunal.

Nesse contexto, diferencia-se um juiz autodisciplinado de um juiz autocontido/respeitoso: o primeiro busca decidir um caso sem levar em consideração suas preferências políticas, ao passo que o segundo fundamenta a decisão de acordo com seus valores morais e opiniões políticas. No entanto, quanto mais elevado for o tribunal do qual esse juiz faz parte, menor a autodisciplina do julgador, ao acreditar que suas preferências políticas desempenharão um papel favorável na tomada de decisão judicial, podendo, a partir desse aspecto, adotar entre uma das políticas concorrentes – autocontenção ou judicialização.

Verificadas as distinções quanto ao comportamento dos magistrados, observa-se que a autocontenção judicial apresentada pela literatura brasileira assemelha-se ao comportamento do juiz autodisciplinado, não ao juiz autocontido. Assim, a pesquisa foi baseada na autocontenção norte-americana, na qual há a identificação dos fatores e comportamentos de restrição aos julgamentos por parte do Poder Judiciário.

A personalidade do juiz constitui fonte para o surgimento da *judicial self-restraint*. Um juiz retraído não estaria disposto a enfrentar os demais ramos do governo, sendo, por isso, autocontido, bem como poderia recusar-se a reexaminar as decisões ativistas de seu antecessor. Igualar a *judicial self-restraint* à inércia do Judiciário constitui uma ideia equivocada – assim como comparar judicialização com ousadia estaria igualmente incorreto.

De modo semelhante à judicialização e ao ativismo, onde as preferências pessoais do juiz fazem-se presentes, na autocontenção, o mesmo também utiliza tais elementos no processo decisório; assim, diferentemente da ideia errônea que se pode ter

acerca da autocontenção - de que o juiz não decide, uma vez que é imparcial - nesta, também é possível que o magistrado utilize suas preferências políticas e morais para justificar a solução de uma questão que lhe foi apresentada. O juiz que não os utiliza é autodisciplinado, não sendo agente no fenômeno da autolimitação do Poder Judiciário.

A partir desse aspecto, foi verificada a ocorrência de autocontenção judicial nas ADPFs, analisando quais elementos contribuem para a prática desse fenômeno pelo Supremo Tribunal Federal. Por meio da análise quantitativa (arguições julgadas e não julgadas) e especificação de variáveis (análise qualitativa), foi possível identificar alguns dos fatores de limitação no processo decisório das ADPFs. Foram objeto de análise todas as arguições de descumprimento de preceito fundamental propostas no Supremo Tribunal Federal compreendidas no período de dezembro de 1999 a julho de 2013.

A verificação de padrões envolveu aspectos relacionados ao tipo do ato violador do preceito fundamental/origem do ato público questionado (Federal, Estadual ou Municipal), poderes requeridos (legitimados passivos), unidade federativa de origem da ação, requerente (legitimado ativo), assuntos envolvidos, existência de pedido de liminar, resultado da liminar, requisito da subsidiariedade e resultado da arguição. Também foram objeto de análise a data de autuação das ADPFs, o ano de seu julgamento e os Ministros Relatores.

O primeiro dado analisado compreendeu o total de ADPFs propostas e os aspectos relacionados à seletividade negativa das arguições – aquelas que não sofreram análise no seu mérito. Até o mês de julho de 2013, verificou-se que um percentual mínimo sofreu análise no mérito, enquanto grande parte não teve seu conteúdo analisado; desse modo, o conjunto das arguições propostas confirmou o reduzido percentual de julgamento pelo STF, cabendo em seguida, a identificação das causas determinantes da referida autolimitação judicial.

Foi identificado que a maioria das arguições propostas teve seu seguimento negado – sofreu seletividade negativa – em decorrência de vícios processuais, grande parte deles compreendendo a ausência dos pressupostos necessários à ação: ilegitimidade ativa *ad causam* e objeto não compreendido como ato do poder público. Esses são alguns dos fatores que podem ser utilizados pelo STF para fundamentar o não conhecimento das arguições, impedindo assim a ocorrência do efetivo processo decisório.

Também foi possível verificar que, em meio ao elevado quantitativo de ADPFs

não julgadas, havia um pequeno índice daquelas que não foram solucionadas mas foram convertidas em ações diretas de inconstitucionalidade. A essas arguições, mesmo apresentando erros formais, deveria ter sido atribuído o status de negado seguimento, no entanto, verificou-se que sofreram análise no mérito em razão de o Supremo Tribunal Federal desconsiderar os defeitos de forma nas ADPFs para julgá-las, demonstrando tanto a presença de preferências políticas e morais dos Ministros ao ponto de alterar o resultado final dessas ações, conforme ocorre na *judicial self-restraint* norte-americana, como destaca que a instrumentalidade das formas é um discurso utilizado pela nossa Suprema Corte para a prática da autocontenção judicial implícita.

No âmbito dos legitimados à propositura das ADPFs, em tese, os maiores requerentes são as confederações sindicais e as entidades de classe de âmbito nacional, seguidos pelos partidos políticos com representação no Congresso Nacional, dados esses que destacam a elevada taxa de propositura das ações pelos referidos entes como mecanismo final para a obtenção ao cumprimento dos preceitos fundamentais. O dado analisado destacou o uso das arguições, ainda que em número reduzido se comparadas às ADINs, como recurso impeditivo às alterações nas políticas públicas realizadas pelos grupos de interesses minoritários, mas que exerceram maior influência política e assim obtiveram êxito na satisfação das suas reivindicações.

A propositura das arguições de descumprimento por parte do Poder Executivo no âmbito estadual, embora em quantitativo menor que os requerentes acima apresentados, demonstra a necessidade do respeito à soberania do Estado e do princípio federativo, constituindo mais um elemento que conduz ao julgamento das arguições.

Quanto às liminares nas ADPFs, foi observado que a maioria das ações propostas apresentou o pedido de liminar, contudo, verificou-se que a maior parte dessas arguições de descumprimento sequer sofreram a análise do pedido, pois a sua concessão importa na antecipação dos resultados da futura sentença. Desse modo, a presença de autocontenção nas arguições também é reforçada pelo fato de não haver sido dado provimento à maioria dos pedidos de liminar.

Das poucas liminares concedidas, destacaram-se os pedidos de liminar realizados nas arguições propostas pelos Governadores de Estado: foram concedidas em maior parte quando comparadas com os pedidos de liminar feitos pelas entidades de classe de âmbito nacional e às confederações sindicais. Esse aspecto permitiu a verificação de que o Executivo Estadual foi o maior beneficiado pelo julgamento efetivo de suas ADPFs, assim como aquelas que apresentaram o pedido de liminar.

Já em relação aos entes responsáveis pelas violações/ameaças aos preceitos fundamentais, verificou-se que o Poder Judiciário, de modo isolado, foi responsável pelo maior número de violações, tendo o mesmo realizado a aplicação de normas infraconstitucionais que vão de encontro às regras da Lei Maior. Para não ser reconhecido como o maior violador dos preceitos que deveria justamente proteger, o Judiciário permanece inerte com relação ao julgamento desses processos, passando a selecionar apenas casos de grande repercussão social e que envolvem atos decorrentes, em sua maioria, do Poder Executivo. Essa é a principal razão pela qual os Ministros não preferem julgamento no âmbito das ADPFs.

O julgamento procedente proporciona benefícios ao requerente da ADPF, enquanto a improcedência ou o não julgamento beneficiam o ente responsável pela prática da violação ou ameaça aos preceitos fundamentais. Através das arguições julgadas e não julgadas, foi possível observar a ocorrência do conflito entre os Poderes Executivo e Judiciário nas questões levadas ao Supremo, vez que a maior parte das arguições propostas diz tanto respeito ao Poder Executivo, indicado como aplicador de normas inconstitucionais e violador dos preceitos fundamentais através de entes da administração pública, quanto às garantias e direitos fundamentais relacionados nos artigos 5º ao 7º da Constituição, sendo o mérito amparado pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Com isso, a afirmativa de que pouco é verificada a superposição entre os Poderes Executivo e Judiciário está equivocada: o Judiciário prioriza o julgamento das arguições oriundas de atos do poder público cuja origem é o Executivo e com isso, se beneficia, mantendo-se como poder que defende preceitos fundamentais constantemente violados pelo Executivo. O não julgar, decorrente da seletividade, representa uma opção política, pois mantém os efeitos do ato impugnado, beneficiando o ente político que editou o ato. O mesmo efeito que ocorre quando do julgamento improcedente.

Já a seletividade positiva, compreende a escolha das ADPFs que serão levadas a julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, que a partir do processo decisório, torna possível a produção de efeitos concretos no âmbito social, político e jurídico. Desse modo, o Supremo Tribunal Federal exerce seletividade tanto em relação às ações diretas de inconstitucionalidade como também nas as arguições de descumprimento a preceito fundamental. Contudo, nestas, a seletividade ocorre de modo ainda mais intenso do que nas ADINs, uma vez que a seletividade das questões políticas se faz presente no

controle concentrado de constitucionalidade, quando um reduzido percentual de ações sofre julgamento no mérito.

A análise das ADPFs quanto ao julgamento efetivo, com base nas mesmas variáveis estabelecidas para o total de arguições propostas – quais sejam, tipo do ato violador do preceito fundamental, poderes requeridos, unidade federativa de origem da ação, requerentes, assunto envolvido, existência de pedido de liminar, resultado da liminar, requisito da subsidiariedade, resultado da arguição e ano de julgamento da ADPF – permite confirmar a existência da seletividade positiva no contexto da autocontenção judicial.

As arguições de descumprimento julgadas no mérito apresentaram em comum a busca das confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional pelo cumprimento do poder público aos preceitos fundamentais resguardados nos arts. 5º e 7º da Constituição Federal. Em seguida, como maior requerente, aparecem os partidos políticos com representação no Congresso Nacional. Esse padrão é repetido quando a análise é realizada no âmbito total da amostra das ADPFs (275 arguições) utilizadas neste trabalho, onde as confederações sindicais e as entidades de classe de âmbito nacional também constituem os maiores requerentes das ações. Desse modo, a inefetividade das instituições majoritárias e sua conseqüente incapacidade de prover as necessidades revelam a constante procura pela utilização das arguições por minorias como forma de efetivação das demandas sociais.

O requisito da subsidiariedade é, a nosso ver, outro elemento que contribui para a prática da autocontenção judicial e maior seletividade das questões políticas levadas ao STF, já que mesmo presente o requisito da subsidiariedade nas arguições, os Ministros têm proferido decisões contrariamente à lei das ADPFs (Lei nº 9.882/99): não são observados os requisitos estabelecidos na lei e decisões foram proferidas mesmo quando havia a possibilidade de utilização de outro meio apto a sanar a ameaça ou lesão. Assim, há a desconsideração dos defeitos de forma nas ADPFs por parte do Supremo Tribunal Federal e do requisito da subsidiariedade, demonstrando que a instrumentalidade das formas seria um discurso utilizado pela nossa Suprema Corte para a prática da autocontenção judicial implícita e a seletividade dos casos que irão a julgamento.

Assim, conforme os interesses políticos envolvidos na causa, a subsidiariedade não é utilizada. Portanto, com essa prática, impede-se a ocorrência do julgamento, o que

favorece a presença da autocontenção judicial implícita em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Com a prática da autolimitação judicial, o processo decisório apresenta-se influenciado pelas ideologias do juiz, recebendo contornos políticos pela possibilidade de seus efeitos interferirem no resultado das políticas públicas. Assim, existe interferência entre direito e política, vez que, a norma representa a vontade da maioria legislativa e ao decidir, o juiz adota posicionamento contra ou a favor dessa maioria ou das minorias.

O Judiciário Federal foi o ente responsável pelo maior percentual de violações aos preceitos fundamentais ao aplicar e interpretar as normas editadas pela União, desse modo, foi o ente que mais sofreu controle concentrado de constitucionalidade nas ADPFs. Essas normas constituem assim, os atos decorrentes dos poderes públicos objeto das arguições propostas pelos Governadores de Estado e confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional.

O Poder Legislativo, ao contrário do que se poderia observar, é um dos poderes que menos ameaçou/violou os preceitos fundamentais - sua inércia na elaboração de normas e medidas em prol do Estado é um indicativo desse reduzido quantitativo de processos. Verifica-se que o Judiciário não decide as arguições nas quais ele próprio figurou como violador aos preceitos fundamentais, passando a analisar o mérito das ADPFs propostas contra o Poder Executivo.

Por fim, a comprovação das hipóteses apresentadas nessa pesquisa, referentes à investigação das causas de mudança no quadro de julgamento das arguições. Os assuntos objeto das arguições não são utilizados como mecanismo de restrição ao julgamento, no entanto a partir da análise feita por ano de julgamento, verifica-se que eles contribuem para o aumento do número de processos decisórios efetivos.

Diferentemente dos assuntos, foi possível verificar que em relação à admissibilidade das ADPFs, muitas não tiveram seguimento em decorrência de o ato questionado não ser considerado decorrente do poder público e nesse caso, o tipo do ato praticado funcionou como elemento impeditivo de julgamentos.

A partir dessas observações, foi verificado que os requerentes das ADPFs não constituem elemento responsável pela mudança no quadro de julgamento das arguições. A análise feita com relação aos legitimados ativos nas arguições revela que, no total de ações propostas e naquelas que sofreram julgamento, o maior beneficiado pelo processo

decisório foi o Poder Executivo Estadual, o que reforça a hipótese de que os requerentes não constituem elemento responsável pela alteração na quantidade de julgamentos.

Foi possível também confirmar a hipótese de que, de acordo com a postura adotada pelos Relatores, haverá maior ou menor quantidade de ações julgadas. Quando analisada a amostra total das 275 ADPFs, lideraram o índice de não julgamento das arguições os Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Joaquim Barbosa, situação em que é verificado o exercício da seletividade no julgamento das ADPFs pelo Supremo Tribunal Federal. No âmbito das arguições efetivamente julgadas, a seletividade foi característica fortemente presente, sendo verificada a manutenção de posicionamento mais seletivo pela maioria dos Relatores, com exceção do Ministro Luiz Fux, que decidiu o mérito de maior quantitativo de arguições.

Esses elementos demonstram a existência de intensa seletividade das questões pelo Supremo; as escolhas são possíveis em decorrência do aumento dos poderes de intervenção dos tribunais na arena política característica que, assim como na judicialização e ativismo, também está presente no âmbito da autocontenção judicial.

Portanto, o Supremo Tribunal Federal tem adotado uma postura de abstenção voluntária em relação ao julgamento das ADPFs devido às mesmas apresentarem como maior violador de preceitos fundamentais o próprio Poder Judiciário, que deveria zelar pelo respeito às garantias constitucionais e preceitos fundamentais previstas na Constituição. Porém, em meio ao reduzido número de ADPFs julgadas, através dos Ministros Relatores, o Supremo seleciona algumas situações específicas suscitadas nessas arguições para serem julgadas em virtude de sua relevância, maior repercussão na sociedade e interesses políticos envolvidos.

Diante do contexto da judicialização das questões políticas e do ativismo judicial presente na jurisdição constitucional brasileira, verificou-se que as ADPFs têm sofrido limitações no que se refere ao processo decisório de suas ações, ocorridas principalmente em razão de grande parte das arguições de descumprimento apresentar como maior ente violador de preceitos fundamentais o Poder Judiciário. Desse modo, a restrição ocorre para que o Judiciário não perca seu poder de decisão e confiança nele depositada pela sociedade, considerado como único poder estatal capaz de solucionar os conflitos não finalizados pelos demais poderes. Esse é o principal elemento que fundamenta a ocorrência de autocontenção judicial nas ADPFs.

Mesmo inseridas no âmbito da autocontenção, as ADPFs constituem imprescindível meio de defesa dos preceitos fundamentais, admitido o acesso à revisão

pelo Judiciário de forma concentrada e sendo capaz de proporcionar efeitos *erga omnes* – que atingem todas as demais situações em que o ato ou a norma objeto da impugnação transgrediu o direito fundamental previsto constitucionalmente. A partir desses resultados, espera-se contribuir para a compreensão das relações estratégicas entre os Poderes constituídos do Estado brasileiro e ampliar os conhecimentos sobre os efeitos concretos do controle de constitucionalidade realizado através da utilização das arguições de descumprimento de preceito fundamental.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. A jurisdição constitucional brasileira. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional**. México, nº 6, julho/diciembre, 2006. Disponível em: < <http://www.iidpc.org/revistas/6/pdf/RIDPC-6.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2013.

AGRA, Walber de Moura. **A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisdição constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BARBOSA, Leon Victor Queiroz; GOMES NETO, José Mário Wanderley; CARVALHO NETO, Ernani Rodrigues; SANTOS, Fabrizio Polany Almeida. **The Rule of Law in Brazilian States Legislation: Evidences From Brazilian Supreme Court**. In: 13th Annual Conference of International Society for New Institutional Economics, 2009, Berkeley, California. ISNIE - 13th Annual Conference. St. Louis: ISNIE - International Society for New Institutional Economics, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo**. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Orgs). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodium, 2011. p. 225-270.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, mar./abr./mai., 2007. Disponível em <<http://direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 16 nov. 2012.

_____. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 4 ed. ampl. e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 3 ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

BERNARDINA, Alexandre Caiado Ribeiro Dalla; JEVEAUX, Geovany Cardoso. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nas arguições de descumprimento de preceito fundamental. **Depoimentos**, Vitória, nº 10, jan./dez., 2006. Disponível em: <<http://www.fdv.br/publicacoes/periodicos/revistadepoimentos/n10/revista.pdf>>. Acesso em: 23 mai. 2013.

BETTI, Emilio. **Interpretazione della legge e degli atti giuridici: teoria generale e dogmatica**. 2 ed. riv. e ampl. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1971.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed., São Paulo: Malheiros, 2004a.

BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade: algumas observações sobre o Brasil. **Estudos Avançados**, vol. 18, n° 51, 2004b. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010340142004000200007&lng=en&nrm=iso>. ISSN 0103-4014. Acesso em: 10 jan. 2013.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Em busca de um conceito fugidio – O ativismo judicial**. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). As novas faces do ativismo judicial. Salvador: Juspodium, 2011, p. 387-401.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, Distrito Federal: Senado, 1988.

_____. Lei n° 9.882, de 03 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 6 dez. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm>. Acesso em: 7 out. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADPF n° 3**. Relator: Ministro Sidney Sanches. **Diário de Justiça**, Brasília, 27 nov. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 21 jul. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADPF n° 10**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1887834>>. Acesso em: 27 jun. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADPF n° 33**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2030720>>. Acesso em: 12 dez. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADPF n° 74**. Relator: Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=74&processo=74>>. Acesso em: 22 jul. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADPF n° 114**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2688768>>. Acesso em: 22 jul. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADPF n° 144**. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2626865>>. Acesso em: 22 jul. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 178**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2688768>>. Acesso em: 22 jul. 2013.

BRITTO, Cezar. **A judicialização da política e a politização do Judiciário**. Jul., 2010. Disponível em: <http://www.oab.org.br/noticia/19981/artigo-a-judicializacao-da-politica-e-a-politizacao-do-judiciario>>. Acesso em: 18 abr. 2013.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. **Panóptica**, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007, p. 1-44. Disponível em: <http://www.panoptica.org>>. Acesso em: 20 nov. 2012.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Moreira Alves V. Gilmar Mendes: a evolução das dimensões metodológica e processual do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodium, 2011, p. 541-595.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1999.

_____. **The judicial review in the contemporary world**. Indianapolis: Bobbs-Merrill Company, 1971.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n.23, nov., 2004. Disponível em: www.scielo.br/pdf/rsocp/n23/24626.pdf>. Acesso em: 06 mai. 2013.

_____. Judicialização da Política no Brasil: controlo de constitucionalidade e racionalidade política. **Análise Social**, vol. XLIV, n. 191, abr., 2009. Disponível em: http://www.scielo.oces.mctes.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0003-25732009000200004&lng=pt&nrm=iso>. ISSN 0003-2573. Acesso em: 5 jun. 2013.

_____. Revisão judicial e judicialização da política no direito ocidental: aspectos relevantes de sua gênese e desenvolvimento. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n. 28, jun. 2007. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010444782007000100011&lang=pt>. Acesso em: 5 jun. 2013.

_____.; LEITÃO, Natália. O poder dos juízes: Supremo Tribunal Federal e o desenho institucional do Conselho Nacional de Justiça. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, v. 21, n. 45, mar. 2013. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782013000100003&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 18 jul. 2013.

CASTRO, Marcos Faro de. **O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política.** 1997, Disponível em: <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_34/rbcs34_09>. Acesso em: 11 abr. 2013.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil.** Campinas: Bookseller, v. 2., 1998.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro.** 2 ed. rev. Atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Direito Constitucional, Novos Paradigmas, Constituição Global e Processos de Integração. In: V Simpósio Nacional de Direito Constitucional, 2004, Curitiba. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. **Anais do V Simpósio Nacional de Direito Constitucional.** Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2004. v. 5. p. 221-237. Disponível em: <<http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=4&ved=0CEgQFjAD&url=http%3A%2F%2Fcleveadvogados.com.br%2Farquivos%2Fconstituicao-supranacional-e-principio-da-soberania-seminario-reconstituicao-do-brasil.doc&ei=ykE6UfToEoqo8QTP1YG4BA&usg=AFQjCNGhrms2GtOZQiXudryu8Vp-dEig>>. Acesso em: 08 mar. 2013.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Ativismo judicial ou criação judicial do direito?.** In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). *As novas faces do ativismo judicial.* Salvador: Juspodium, 2011, p. 475-498.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **Revisando os fundamentos do controle de constitucionalidade:** uma crítica à prática judicial brasileira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

CORRÊA, Oscar Dias. **A Constituição de 1988:** contribuição crítica. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

COUTO, Cláudio Gonçalves; ARANTES, Rogério Bastos. Constituição, Governo e Democracia no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Sociais.** São Paulo, Vol. 21, n. 61, jun. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092006000200003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 19 mar. 2013.

COUTURE, Eduardo J. **Introdução ao estudo do processo civil.** 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. **Fundamentos del derecho procesal civil.** 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1978.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional democrática.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CRUZ, Gabriel Dias Marques da. **ADPF:** qual a saída do labirinto? Os Constitucionalistas. Dez, 2011. Não paginado. Disponível em: <

<http://www.osconstitucionalistas.com.br/adpf-qual-a-saida-do-labirinto>>. Acesso em: 08 mai. 2013.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. **Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade**. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodium, 2011, p. 459-473.

GOODNOW, Frank J.. The Writ of Certiorari. **Political Science Quarterly**, vol. 6, nº 3, sep., 1891. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/pdfplus/2139490.pdf?acceptTC=true>>. Acesso em: 15 ago. 2013.

GUERRA, Gustavo Rabay. O papel político do Judiciário em uma democracia qualificada: a outra face da judicialização da política e das relações sociais. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**. Curitiba, Vol. 4, 2008. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/viewFile/136/132>>. Acesso em: 30 jun. 2012.

HELD, David. **Modelos de democracia**. Belo horizonte: Paideia, 1987.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HOLANDA, Fábio Campelo Conrado de. O novo constitucionalismo: a hegemonia normativa dos princípios e a expansão da jurisdição constitucional. **Revista Virtual da AGU**. Brasília, n. 95, Ano IX, dez. 2009. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=141491&id_sit>. Acesso em: 10 jan. 2013.

HURLEY, Lawrence. **Supreme Court declines to hear gun rights case**. [2013]. Disponível em <<http://mobile.reuters.com/article/topNews/idUSBRE93E0L820130415?irpc=932>>. Acesso em: 19 jun. 2013.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. 2 ed., São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. **Lua Nova**, n. 57, 2002. Disponível em: <<http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=67311576006>>. Acesso em: 06 abr. 2013.

MANDELLI JUNIOR, Roberto Mendes. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: instrumento de proteção dos direitos fundamentais e da Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARSHALL, William P. Conservatives and the seven sins of judicial activism. **University of Colorado Law Review**, Vol. 73, 2002. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=330266>. Acesso em: 07 mai. 2013.

MEDEIROS, Bernardo Abreu de. **Ativismo, delegação ou estratégia? A relação inter poderes e a judicialização no Brasil.** In: FELLETT, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). As novas faces do ativismo judicial. Salvador: Juspodium, 2011, p. 529-540.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Interferências extrajurídicas sobre o processo decisório do Supremo Tribunal Federal.** In: FELLETT, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). As novas faces do ativismo judicial. Salvador: Juspodium, 2011, p. 359-386.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental:** comentários à Lei nº 9.882/99, de 3.12.1999. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Jurisdição Constitucional no Brasil:** o problema da omissão legislativa inconstitucional. In: 14º Congresso da Conferência de Cortes Constitucionais Europeias, 2008, Vilnius. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=90357&sigServico=noticiaArtigoDiscurso&caixaBusca=N>>. Acesso em: 23 jan. 2013.

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MENDONÇA, Eduardo. A inserção da jurisdição constitucional na democracia: algum lugar entre direito e política. **Revista de Direito do Estado.** Rio de Janeiro: Renovar, ano 4, nº 13, jan./mar. 2009, p.211-247.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. **O desafio do conhecimento.** São Paulo: Hucitec, 1993.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional.** 3 ed, Coimbra: Coimbra Editora, t. II, 1996.

MORO, Sergio Fernando. **Jurisdição Constitucional como democracia.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito.** 28 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007.

OLIVEIRA, Márcia Vogel Vidal de. Da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF. **Revista da Associação dos Juizes Federais do Rio Grande do Sul,** Porto Alegre, nº 3, 2007. Disponível em: <http://www.esmafe.org.br/web/revistas/rev03/12_marcia_vogel_vidal_de_oliveira.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2013.

PAULA, Daniel Giotti de. **Ainda existe separação de poderes? A invasão da política pelo direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política.** In: FELLETT, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). As novas faces do ativismo judicial. Salvador: Juspodium, 2011, p. 271-312.

PINTO, José Guilherme Berman Corrêa. O Writ of Certiorari. **Revista Jurídica**, vol. 9, n. 86, ago./set. 2007. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_86/.../JoseGuilherme_rev86.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2013.

PONTES, Juliana de Brito Giovanetti. Conexões entre direito e política: a efetivação dos direitos fundamentais através da prática do ativismo judicial. **Revista de Direito Mackenzie**, São Paulo: Editora Mackenzie, v. 6, n.2, 2013a. p. 185-202.

_____. Expansão do Poder Judiciário: a efetivação dos direitos fundamentais no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política. **Direito Público**, IOB Editora, v. 53, 2013b, p. 9-34.

POSNER, Richard A. The Meaning of Judicial Self-Restraint. **Indiana Law Journal**, vol. 59, article 1, 1983. Disponível em: <<http://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol59/iss1/1>>. Acesso em: 24 mai. 2013.

RIBEIRO, Isabela Lessa de Azevedo Pinto. **Ativismo judicial**: o papel dos juízes num paradigma constitucionalmente adequado. 2008, 123f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica de Pernambuco. Pró-reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação. Mestrado em Direito, Recife, 2008. Disponível em: <http://www.unicap.br/tede/tede_busca/arquivo.php?codArquivo=362>. Acesso em: 7 mai. 2013.

ROCHE, Jonh P. Judicial self-restraint. **The American Political Science Review**, vol. 49, n. 3, set. 1955. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1951437>>. Acesso em: 17 jun. 2013.

SALDANHA, Nelson. **O Estado Moderno e a separação de poderes**. 2 ed., São Paulo: Quartier Latin, 2010.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. **Ativismo judicial**: autoritarismo ou cumprimento dos deveres constitucionais?. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). As novas faces do ativismo judicial. Salvador: Juspodium, 2011, p. 403-429.

SANTOS, Marcos André Couto. A efetividade das normas constitucionais: as normas programáticas e a crise constitucional. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, n. 147, jul./set. 2000. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/602/4/r147-01.PDF>>. Acesso em: 7 mar. 2013.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil**: riscos e possibilidades. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). As novas faces do ativismo judicial. Salvador: Juspodium, 2011, p. 73-113.

SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec Stone. **On Law, Politics & Judicialization**. New York: Oxford University Press, 2002.

SIERRA, Vânia Morales. A judicialização da política no Brasil e a atuação do assistente social na justiça. **Rev. Katálysis**. 2011, vol.14, n.2, p. 256-264. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rk/v14n2/13.pdf>>. Acesso em: 17 abr. 2013.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil**. 6 ed. atual., ver., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 1.

_____. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STEIN, Leandro Konzen. **O modelo norte-americano de controle de constitucionalidade e a proteção aos direitos sociais, econômicos e culturais: evolução da jurisprudência da Suprema Corte**. Editora IPR, Santa Cruz do Sul, 2008. Disponível em: <<http://www.dartagnan.adv.br/04.pdf>>. Acesso em: 18 jan. 2013.

TAVARES, André Ramos. **Repensando a ADPF no complexo modelo brasileiro de controle de constitucionalidade**. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). *Leituras complementares de direito constitucional: controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional*. 2 ed. rev. e ampliada. São Paulo: Jus Podium, 2008.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The global expansion of judicial power**. New York, New York University Press, 1995.

TAYLOR, Matthew M; DA ROS, Luciano. **Os partidos dentro e fora do poder: judicialização como resultado contingente da estratégia política**. Revista Brasileira de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, vol. 51, n.4, 2008.

VAINER, Bruno Zilberman. A predominância do controle concentrado de constitucionalidade e as perspectivas de uma corte constitucional brasileira. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 14, jul./dez. 2009. Disponível em: <[http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-14/RBDC-14-197-Monografia_Bruno_Zilberman_Vainer_\(Predominancia_do_Controlo_Concentrado\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-14/RBDC-14-197-Monografia_Bruno_Zilberman_Vainer_(Predominancia_do_Controlo_Concentrado).pdf)>. Acesso em: 11 jan. 2013.

VALLINDER, Torbjörn. **When the Courts go marching In**. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (Orgs). *The global expansion of judicial power*. New York, New York University Press, 1995, p. 13-26.

VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil. **Revista Direito GV**, vol. 4, n. 2, jul./dez., 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322008000200003&script=sci_arttext>. Acesso em: 11 mai. 2013.

WHITTINGTON, Keith E. Interpose Your Friendly Hand: Political Supports for the Exercise of Judicial Review by the United States Supreme Court. **The American Political Science Review**: American Political Science Association, vol. 99, nº 4, nov., 2005. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/30038966>>. Acesso em: 9 jul. 2013.