

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC - SP**

Bruna Dantas Camolese

Ativismo judicial no âmbito do Supremo Tribunal Federal

ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO

SÃO PAULO

2011

Bruna Dantas Camolese

Ativismo judicial no âmbito do Supremo Tribunal Federal

Dissertação apresentada à Banca Examinadora como exigência parcial para a obtenção de título de ESPECIALISTA em Direito Constitucional, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Orientador: Professor Mestre René Zamlutti.

SÃO PAULO

2011

Bruna Dantas Camolese

Ativismo judicial no âmbito do Supremo Tribunal Federal

São Paulo, _____ de _____ de 2011

Banca Examinadora

Dedicatória

Aos meus pais, Elisabete e Antônio Celso, pelo apoio irrestrito.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por me dar forças e inspiração.

Ao meu orientador, Professor Mestre René Zamlutti, cujas observações e conselhos foram de extrema importância para o desenvolvimento do presente trabalho.

Ao Conrado Mendes da Silva, por todo apoio e carinho nos momentos em que eu mais precisava.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO I	
A SEPARAÇÃO DOS PODERES DO ESTADO	11
1.1 A Separação dos Poderes do Estado.....	11
1.2 Funções típicas e atípicas	14
1.3 A Teoria da Separação dos Poderes nas Constituições.....	16
1.4 Uma nova visão sobre a teoria de Montesquieu.....	18
1.5 O hipertrofismo dos Poderes do Estado	20
CAPÍTULO II	
A NOVA HERMENEUTICA CONSTITUCIONAL.....	24
2.1 A interpretação da Constituição.....	24
2.1.1 Métodos da hermenêutica constitucional.....	27
2.1.2 Princípios de interpretação constitucional	28
2.2 A nova hermenêutica constitucional	31
2.2.1 Regras e princípios.....	33
2.2.2 A abertura da Constituição e a democratização do processo interpretativo	36
2.2.3 Principais características da nova hermenêutica constitucional	39
CAPÍTULO III	
O ATIVISMO JUCIAL	44
3.1 Ativismo Judicial	44
3.1.1 Ativismo judicial nos sistemas da <i>civil law</i> e da <i>common law</i>	45
3.1.2 Conceito	47
3.1.3 Ativismo judicial e judicialização	53
3.1.4 Ativismo judicial e autocontenção.....	57
3.1.5 Ativismo Judicial no âmbito da Jurisdição Constitucional	58
3.1.5.1 Modulação dos efeitos temporais das decisões de controle	60
3.1.5.2 Manipulação do conteúdo normativo do ato controlado.....	62
3.1.6 Objeções ao ativismo judicial.....	65
3.1.6.1 Riscos à legitimidade democrática:.....	65

3.1.6.2	Risco de politização da justiça	68
3.1.6.3	Falta de capacidade institucional	69
CAPÍTULO IV		
O ATIVISMO JUDICIAL NO ÂMBITO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL		71
4.1	Análise de jurisprudências	71
4.1.1	Princípio da Segurança Jurídica e Modulação dos Efeitos	72
4.1.2	Fidelidade Partidária	79
4.1.3	Direito de greve dos servidores públicos	86
4.1.4	Mutação Constitucional	92
CONCLUSÃO		97
BIBLIOGRAFIA		101

RESUMO

A Emenda Constitucional nº. 45, de 2004, que realizou a reforma do Judiciário, bem como alterou a composição dos ministerial durante o governo de Luiz Inácio Lula da Silva, a partir de 2002, deram início a uma transformação no comportamento do Supremo Tribunal Federal. Desde então, a atuação do STF vem ganhando destaque e suas decisões, envolvendo questões jurídicas, políticas, sociais, morais e até econômicas, têm conquistado repercussão em todos os meios de comunicação. O Supremo Tribunal Federal tem demonstrado uma nítida posição ativista ao proferir suas decisões, ampliando as fronteiras de sua própria competência e, por consequência, invadindo a esfera de atuação dos demais Poderes do Estado. Portanto, por meio da análise de precedentes dessa Corte, será analisada a existência de ativismo judicial no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

PALAVRAS – CHAVE

Teoria da separação dos poderes do Estado. A nova hermenêutica constitucional. Ativismo judicial. Ativismo judicial no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

The Constitutional Amendment. 45, 2004, which carried out the reform of the judiciary, as well as the composition changing of Ministers during the government of Luiz Inacio Lula da Silva, from 2002, began a transformation in the behavior of the Supreme Court. Since then, the STF has come to prominence and its decisions involving legal, political, social, moral and even economic have won impact in all media. The Supreme Court has shown an clear activist stance in its decisions, expanding the boundaries of their own competence and, consequently, invading the sphere of action of the other branches of the State. Therefore, through the analysis of precedents of this Court, we will analyze the existence of judicial activism in the Supreme Court.

KEYWORDS

Theory of separation of state powers. The new constitutional hermeneutics. Judicial activism. Judicial activism in the Supreme Court.

INTRODUÇÃO

Em toda a sua trajetória, jamais as decisões do Supremo Tribunal Federal tiveram tamanha repercussão nos meios de comunicação social como nos últimos anos. Os cidadãos comuns, melhor dizendo, os cidadãos sem conhecimento jurídico técnico, que outrora, possivelmente, sequer sabiam da existência da Corte Suprema de nosso país, passaram a ser informados com frequência a respeito de suas decisões, tais como as relativas à anencefalia, às pesquisas com célula-tronco e, mais recentemente, à equiparação da união homoafetiva à união estável.

Não são poucos os casos que chegam ao Supremo Tribunal Federal envolvendo questões políticas, morais e até econômicas. Logo, tornou-se utópico vislumbrar a existência de decisões judiciais completamente neutras e isentas de ideologias. Assim, é patente a transformação pela qual o Supremo Tribunal Federal vem passando, principalmente após a Emenda Constitucional n.45, de 2004, que realizou a reforma do Judiciário, e a modificação da composição dos seus Ministros durante o governo de Luiz Inácio Lula da Silva.

Outrossim, é inegável que o Supremo Tribunal Federal passou a decidir de maneira ativista, muitas vezes ignorando as esferas de competência dos demais Poderes do Estado. Assim sendo, ao proferir decisões que deixam transparecer o ativismo judicial, os Ministros do Supremo Tribunal Federal invocam as mais diversas alegações, mas sempre com o pretexto de cumprir o papel de guardiões da Constituição e de dar efetividade aos dispositivos constitucionais.

Diante desse quadro, o objetivo precípuo do presente trabalho é analisar a forma pela qual o Supremo Tribunal Federal, ao proferir suas decisões, vêm desempenhando seu papel de guardião e de último intérprete da Constituição. Desse modo, por meio do estudo de alguns precedentes dessa Corte, será verificada a existência, ou não, de ativismo judicial no âmbito do Supremo Tribunal Federal,

Para alcançar esse objetivo, no transcorrer deste trabalho serão estudadas algumas premissas ligadas ao tema do ativismo judicial. Assim, primeiramente é necessário um estudo sintético da teoria da separação dos poderes do Estado, já que compreender a divisão das funções entre os Poderes é de suma importância

para entender o conceito e a dinâmica do ativismo judicial. Este estudo ganha relevância principalmente no que diz respeito à nova visão da teoria citada, que, ao invés de separação, propõe um modelo de colaboração e equilíbrio entre os Poderes do Estado.

Logo após, será feita uma breve análise a respeito da nova hermenêutica constitucional, cujos elementos e características têm servido, indiscutivelmente, como alicerce para os Ministros do Supremo Tribunal Federal desenvolverem seus argumentos e prolatarem suas decisões ativistas.

Na sequência, será avaliado o ativismo judicial em sentido amplo, abordando-se sua existência no direito comparado, seu conceito, bem como muitos outros pontos a ele relacionados.

Finalmente, por meio da análise de precedentes, principalmente pelo estudo da argumentação desenvolvida nos votos dos Ministros do STF, será estudado o tema do presente trabalho propriamente dito, qual seja, o ativismo judicial no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

CAPÍTULO I

A SEPARAÇÃO DOS PODERES DO ESTADO

1.1 A Separação dos Poderes do Estado

Pilar dos sistemas constitucionais que adotam o ideal democrático, o princípio da Separação dos Poderes do Estado tem suscitado desde a reflexão dos filósofos da antiguidade até os debates acadêmicos da atualidade.

A divisão das funções do Estado foi debatida por muitos filósofos, entre os quais estão Aristóteles e Locke.

O pensador grego Aristóteles, em sua obra *A Política*, vislumbrou a existência de três funções distintas, afirmando que:

Em todo governo, existem três poderes essenciais, cada um dos quais o legislador prudente deve acomodar da maneira mais conveniente. Quando estas três partes estão bem acomodadas, necessariamente o governo vai bem, e é das diferenças entre estas partes que provêm as suas.¹

Importante deixar claro que, apesar de sua grande contribuição para o tema, demonstrando a existência de diferentes funções no governo e alertando para o perigo de se concentrar em um só ente o exercício do poder, Aristóteles não chegou a formular uma teoria completa a respeito da separação dos poderes.

Nessa linha, Dalmo Dallari, ao citar Aristóteles, assevera:

O antecedente mais remoto da separação dos poderes encontra-se em Aristóteles, que considera injusto e perigoso atribuir-se a um só indivíduo o exercício do poder, havendo também em sua obra uma ligeira referência ao problema da eficiência, quando menciona a impossibilidade prática de que um só homem previsse tudo o que nem a lei pode especificar.²

Com o filósofo John Locke, a separação dos poderes passou a ser tratada com um enfoque doutrinário. Tendo como base o Estado inglês de sua época o pensador defendia a existência de quatro funções, exercidas por dois órgãos de

¹ ARISTÓTELES, *A Política*, Trad. de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fortes, 1991, p. 113

² DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 216-217

poder, isto é, o Parlamento e o Rei, ou seja, o Legislativo e o Executivo, não contemplando o Judiciário.

Eros Roberto Grau faz o seguinte comentário a respeito da obra de Locke:

Para logo se vê, destarte, que no pensamento de Locke surge perfeitamente delineado o princípio da separação dos poderes. De toda sorte, observa-se que, embora visualize três tipos de poder, a separação que surge como conveniente e viável é a que se operaria entre o Legislativo, de um lado, e o Executivo e o Federativo, de outro. O que Locke propõe é uma separação dual – e não tríplice – entre os três poderes que descreve.³

Logo, o maior mérito de Locke consistiu em definir uma teoria política baseada na liberdade do homem e em seus direitos naturais, não se preocupando, entretanto, em definir as possíveis formas de garantia dessa liberdade e desses direitos.

Apesar da grande contribuição dos pensadores aqui mencionados, foi Montesquieu quem formulou a teoria da separação dos poderes, inovando ao defender a tripartição de poderes, em seu livro “Do espírito das leis”, de 1748, que discorre a respeito das leis que compõem a liberdade política.

Analisando o tema da liberdade, Paulo Bonavides afirma que o “Estado moderno, no tumulto dos seus protestos contra o absolutismo monárquico, estabeleceu outra concepção de liberdade (...). Trata-se da liberdade individual”⁴. Foi nesse contexto que Montesquieu formulou a sua tese.

Para Montesquieu, a liberdade podia ser vista sob dois aspectos.⁵ O primeiro deles é o filosófico, em que a liberdade corresponde ao exercício da vontade. Sob o ponto de vista político, a liberdade é a experimentada pelo cidadão, que será livre quando tiver o direito de fazer tudo o que a lei permite. A liberdade política também diz respeito à Constituição, uma vez que há liberdade política quando a organização do poder tem como base a distribuição dos três poderes.

A grande inovação trazida pela teoria de Montesquieu consistiu em conectar as três funções estatais, identificadas por Aristóteles, a três órgãos distintos, autônomos e independentes entre si.

³ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 228

⁴ BONAVIDES, Paulo. *Teoria Geral do Estado*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 291

⁵ MONTESQUIEU, *Do espírito das leis*. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues, 1º vol. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1962. Livro XII, Capítulo II, p. 211

O pensador dizia que todo homem que tem poder tende a abusar dele e a se corromper se não encontrar limites.⁶ Para ele, a única forma de limitar um poder é por meio de outro poder. Assim sendo, para evitar o abuso de poder, é preciso fracioná-lo, é preciso evitar o poder absoluto.

Segundo Montesquieu, o Estado possui três tipos de poder⁷, com funções diversas e inconfundíveis, quais sejam, a de produzir leis, a de executá-las e a de julgar de acordo com elas. Cada uma dessas funções deve ser exercida por órgãos distintos, autônomos e independentes entre si, cuja atuação harmônica evita o poder absoluto.

Logo, de acordo com a teoria da tripartição dos poderes, deve haver uma distribuição das atividades estatais a órgãos diferentes e independentes entre si, devendo cada órgão limitar o poder do outro. A essa estrutura de repartição das funções visando à limitação do poder, deu-se o nome de sistema de freios e contrapesos, a respeito do qual Dalmo Dallari faz as seguintes observações:

O Sistema de separação dos poderes, consagrado nas Constituições de quase todo o mundo, foi associado à idéia de Estado Democrático e deu origem a uma engenhosa construção doutrinária, conhecida como sistema de freios e contrapesos. Segundo essa teoria os atos que o Estado pratica podem ser de duas espécies: ou são atos gerais ou são especiais. Atos gerais, que só podem ser praticados pelo poder legislativo, constituem-se na emissão de regras gerais e abstratas, não se sabendo, no momento de serem emitidas, a quem elas irão atingir. Dessa forma, o poder legislativo, que só pratica atos gerais, não atua concretamente na vida social, não tendo meios para cometer abusos de poder nem para beneficiar ou prejudicar a uma pessoa ou a um grupo em particular. Só depois de emitida a norma geral é que se abre a possibilidade de atuação do poder executivo, por meio de atos especiais. O executivo dispõe de meios concretos para agir, mas está igualmente impossibilitado de atuar discricionariamente, porque todos os seus atos estão limitados pelos atos gerais praticados pelo legislativo. E se houver exorbitância de qualquer dos poderes surge a ação fiscalizadora do poder judiciário, obrigando cada um a permanecer nos limites de sua respectiva esfera de competência.⁸

Além da tradicional separação dos poderes entre Legislativo e Executivo apontada pelos outros pensadores, Montesquieu defendia a existência de um terceiro poder, o Judiciário. No entanto, ele menosprezava a função jurisdicional⁹, pois considerava que os juízes, ao pronunciarem suas sentenças, aplicavam a lei de

⁶ MONTESQUIEU, *Do espírito das leis*. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues, 1º vol. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1962. Livro XI, Capítulo IV, p. 179

⁷ MONTESQUIEU, *Ibidem*, p. 180

⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 184-185

⁹ MONTESQUIEU, *op. Cit.*, p. 185.

forma mecânica. Montesquieu dizia que “os juízes da nação (...) são apenas a boca que pronuncia as palavras da lei; seres inanimados que não lhe podem moderar nem a força, nem o rigor”.¹⁰

Os abusos cometidos pelos juízes no período anterior à Revolução Francesa, bem como o temor de que magistrados interpretassem a lei em desconformidade com as finalidades do novo regime, deu origem a essa desconfiança em relação ao Poder Judiciário. Nesse sentido, cita-se Clevè:

Primeiro, o entendimento desenvolvido desde a revolução de 1789, segundo o qual a lei constitui expressão da vontade geral, por isso a soberania da nação reside no Parlamento. Se é assim, se o Parlamento é soberano e se sua obra constitui expressão da vontade geral, então não há razão para dela desconfiar. Segundo, os abusos cometidos pelos juízes (Parlements), no período que precedeu a revolução, determinou, de certo modo, a desconfiança dos franceses em relação ao judiciário. Tal desconfiança, por sua vez, influenciou de forma decisiva a organização do Poder Judiciário na França (...) Bem por isso a França não poderia atribuir aos juízes competência para fiscalização da constitucionalidade das leis.¹¹

Para Montesquieu, cada Poder só deveria exercer a função que lhe foi confiada. Ocorre que isso acabaria limitando o funcionamento de cada um dos Poderes. Assim, o filósofo admitia uma flexibilização de sua teoria, permitindo que, excepcionalmente, um órgão exercesse a função do outro.

1.2 Funções típicas e atípicas

Roberto B. Dias da Silva ensina que as funções típicas são aquelas exercidas predominantemente por um determinado órgão. Diz, ainda, que atipicamente cada um dos órgãos estatais exerce as funções que são típicas dos outros. O constitucionalista ressalva:

Quando as funções atípicas são essenciais à independência do poder, ou seja, imprescritíveis ao exercício das funções típicas, a Constituição Federal não precisa, obrigatoriamente, contemplá-las expressamente, pois decorrem da própria cláusula da separação dos poderes prevista em seu art. 2º. Contudo, as demais funções atípicas que não se revelam essenciais à garantia da independência e harmonia entre os poderes precisam estar expressamente previstas na Constituição.¹²

¹⁰ MONTESQUIEU. *O Espírito das leis*. Trad. Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 176

¹¹ CLEVÈ, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 60-61

¹² SILVA, Roberto B. Dias da, *Manual de Direito Constitucional*, São Paulo: Manole, 2007, p. 206

A doutrina moderna se preocupou em desenvolver critérios de distinção das funções do Estado. Consoante ensina Celso Antonio Bandeira de Mello, os critérios apresentados até hoje se reduzem a dois.¹³ O primeiro deles é o critério subjetivo, que identifica a função através de quem a produz, ou seja, leva em conta a pessoa que exerce a função.

O segundo critério utilizado é o objetivo, que considera a atividade desenvolvida, isto é, um objeto (não um sujeito). O critério objetivo subdivide-se em material, que reconhece a função a partir de elementos intrínsecos a ela, e formal, que leva em conta os atributos dedutíveis da norma.

Adepto do critério objetivo material, José Afonso da Silva distingue as funções do Estado da seguinte forma:

A função legislativa consiste na edição de regras gerais, abstratas, impessoais e inovadoras da ordem jurídica, denominadas leis. A função executiva resolve os problemas concretos e individualizados, de acordo com as leis, não se limita à simples execução das leis, como às vezes se diz; comporta prerrogativas, e nela entram todos os atos e fatos jurídicos que não tenham caráter geral e impessoal; por isso, é cabível dizer que a função executiva se distingue em função de governo, com atribuições políticas, colegislativas e de decisão, e função administrativa, com suas três missões básicas: intervenção, fomento e serviço público. A função jurisdicional tem por objeto aplicar o direito aos casos concretos a fim de dirimir conflitos de interesse.¹⁴

Celso Antonio Bandeira de Melo sustenta ainda que o critério mais seguro para se distinguirem as funções do Estado é o objetivo formal¹⁵.

Valendo-se de tal critério, tem-se que a função legislativa é a única que pode trazer inovações primárias, ou seja, inovações que introduzem novos direitos no ordenamento jurídico, com fundamento tão só na Constituição. O executor e o julgador da lei só podem exercer suas funções de acordo com a lei introduzida primariamente. A lei é a única que estabelece direitos e deveres no ordenamento.

Já a função jurisdicional tem como característica a intangibilidade jurídica; em outras palavras, se destina a resolver controvérsias por meio de decisões com força de coisa julgada.

¹³ MELLO, Celso Antonio Bandeira de, *Curso de Direito Administrativo*, 20ª edição, São Paulo: Malheiros, 2006, p.32

¹⁴ SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 32ª edição. São Paulo:Malheiros, 2009, p. 108

¹⁵ MELLO, Celso Antonio Bandeira de, op. Cit., p. 35

Por fim, a função administrativa é aquela que não traz inovações primárias e nem faz coisa julgada. Logo, o critério utilizado nesse caso é o residual.

Nesse sentido, vejamos o entendimento de Celso Antonio Bandeira de Mello:

(...) a função legislativa é a função que o Estado, e somente ele, exerce por via de normas gerais, normalmente abstratas, que inovam na ordem jurídica, isto é, que se fundam direta e imediatamente na Constituição. Função Jurisdicional é a função que o Estado, e somente ele, exerce por via de decisões que resolvem controvérsias com força de “coisa julgada”, atributo este que corresponde à decisão proferida em última instância pelo Judiciário e que é predicado desfrutado por qualquer sentença ou acórdão contra o qual não tenha havido tempestivo recurso. Função administrativa é a função que o Estado, ou quem lhe faça as vezes, exerce na intimidade de uma estrutura e regime hierárquicos e que no sistema constitucional brasileiro se caracteriza pelo fato de ser desempenhada mediante comportamentos infralegais ou, excepcionalmente, infraconstitucionais, submissos todos a controle de legalidade pelo Poder Judiciário.¹⁶

Dentre as classificações apresentadas, certamente o critério de distinção das funções do Estado adotado por Celso Antonio Bandeira de Mello, qual seja, o objetivo formal, é aquele que consegue alcançar suas finalidades de forma mais eficaz. Muitos critérios e classificações levam em conta certos elementos que, por vezes, não são suficientes para identificar e enquadrar a função como legislativa, executiva ou jurisdicional, principalmente quando observa apenas a pessoa que exerce a função, posto que muitas vezes o Poder Executivo exerce função legislativa, o Poder Judiciário desempenha função administrativa e o Poder Legislativo realiza função jurisdicional.

1.3 A Teoria da Separação dos Poderes nas Constituições

Consagrando a teoria formulada por Montesquieu, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, em seu art. 16, estabeleceu que “toda sociedade na qual não está assegurada a garantia dos direitos nem determinada a separação dos poderes, não tem Constituição”.

Nesse sentido, Paulo Bonavides assevera que “associou-a (a separação dos três poderes) Montesquieu tão intimamente ao conceito de liberdade que os

¹⁶ MELLO, Celso Antonio Bandeira de, *Curso de Direito Administrativo*, 20ª edição, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 35

primeiros juristas da Revolução Francesa, impressionados com o seu alcance, a inscreveram no art.16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”.¹⁷

André Ramos Tavares salienta que a partir da declaração de direitos supra mencionada, o princípio da separação dos poderes passou a ser adotado pelo Estado Constitucional.¹⁸

A Constituição Brasileira adotou expressamente o princípio da separação dos órgãos do poder no art. 2º, estabelecendo que “São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Em razão de sua grande importância, o princípio da separação dos poderes ostenta *status* de cláusula pétrea, não podendo ser objeto de emendas, reformas ou revisões tendentes a aboli-lo da Constituição (CF, art.60, §4º, III)

André Ramos Tavares aponta que somente pelo estudo sistemático da Constituição é que podemos chegar a uma conclusão sobre as funções que cada um dos órgãos do poder exerce.¹⁹

Pelo estudo sistemático, o intérprete deve correlacionar todos os dispositivos normativos da Constituição, elucidando a interpretação por meio do conhecimento da Constituição como um todo.

Além da referência expressa no art. 2º da Constituição Federal, verifica-se a existência de normas esparsas na Carta Magna, as quais fazem menção às funções desses Poderes, sendo necessário, portanto, analisar a Constituição com uma visão unitária, para só então se chegar a uma conclusão sobre as funções que cada um dos órgãos verdadeiramente desempenha.

Ademais, pelo estudo sistemático, observa-se que as funções não se restringem a três. Portanto, “ter-se-ia a função administrativa, a governativa, ou política, a judicial, a legislativa, a de controle etc.”²⁰

A independência entre os poderes, de acordo com a doutrina de José Afonso da Silva, significa

(a) que a investidura e a permanência das pessoas num dos órgãos do governo não depende da confiança nem da vontade dos outros; (b) que, no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua autorização; (c) que, na

¹⁷ BONAVIDES, Paulo. *Teoria Geral do Estado*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 289

¹⁸ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*, 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1181

¹⁹ TAVARES, André Ramos, *Ibidem*, p. 1189

²⁰ TAVARES, André Ramos, *Ibidem*, p. 1189

organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais.²¹

Nota-se, dessa forma, a possibilidade de cada um dos poderes se auto-organizar e realizar suas funções típicas, sem a necessidade de subordinar-se aos demais, devendo observância apenas ao que diz a lei.

Devem os poderes, ademais, atuarem de forma harmônica e cortês no trato recíproco, respeitando as faculdades e prerrogativas a que todos têm direito. Os poderes devem atuar colaborando e controlando uns aos outros.²²

José Afonso da Silva afirma que a divisão de funções entre os órgãos e a sua independência não são absolutas, pois a harmonia pressupõe interferências funcionais, estabelecendo-se, assim, um sistema de freios e contrapesos.

1.4 Uma nova visão sobre a teoria de Montesquieu

A grande maioria dos Estados modernos adotou a teoria da Tripartição dos poderes formulada por Montesquieu. Todavia, para que o princípio esteja de acordo com as novas realidades históricas e sociais, é necessária uma flexibilização de tal princípio. A rígida separação entre os poderes, preconizada pela doutrina liberal do início do século XIX, não pode mais ser sustentada.

Dessa forma, buscando adequar o princípio da tripartição dos poderes ao bom desenvolvimento das atividades do Estado, os conceitos da teoria foram ampliados e as formas de relacionamento entre os órgãos legislativos, executivo e judiciário foram paulatinamente modificadas, permitindo-se maior interpenetração entre os Poderes.

A interferência recíproca entre os Poderes bem como o exercício de funções atípicas por cada um deles passaram a ser permitidas, desde que respeitados os limites expressos na Constituição.

A teoria tradicional da separação dos poderes sofre uma reformulação, adaptando-se à nova realidade sócio-política, ao Estado moderno, e permanecendo nas Constituições democráticas com a idéia de *colaboração de poderes*. Logo, não

²¹ SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 32ª edição. São Paulo:Malheiros, 2009, p. 110

²² SILVA, José Afonso da, *Ibidem*, p. 110-111

se fala mais em intangibilidade e indelegabilidade entre os poderes do Estado, e sim em colaboração entre eles.

Nesse sentido, José Afonso da Silva dispõe:

Hoje, o princípio não configura mais aquela rigidez de outrora. A ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria da separação dos poderes e novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativos e executivo e destes com o judiciário, tanto que atualmente se prefere falar em *colaboração de poderes*, que é característica do parlamentarismo, em que o governo depende da confiança no Parlamento (Câmara dos Deputados), enquanto, no presidencialismo, desenvolvem-se as técnicas da *independência orgânica* e *harmonia dos poderes*.²³

Ainda nesse sentido, Eros Roberto Grau observa que Montesquieu não sustentava a impenetrabilidade dos poderes. Ele aduz que na tese de Montesquieu não há uma efetiva separação de poderes, mas sim uma distinção entre eles, que, não obstante, devem atuar em clima de equilíbrio.²⁴

Eros Grau defende que há necessidade de distinguir entre poderes e funções. Ele afirma que, para que haja equilíbrio, o Poder Executivo deve exercer parcelas de funções não executivas, mas legislativas.²⁵

Ainda de acordo com o Ministro Eros Grau, o Poder Estatal compreende várias funções, com várias classificações. Segundo ele, a mais utilizada é a classificação orgânica ou instrumental, que divide as funções estatais em legislativa, executiva e judiciária, atribuídas aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, abarcados como centros ativos de funções. A segunda classificação é a material, que divide as funções estatais em normativa (de produção de norma jurídica), administrativa (de execução de norma jurídica) e jurisdicional (de aplicação de normas jurídicas).²⁶

Baseado na obra de Alessi, Eros grau doutrina que

Norma é todo preceito expresso mediante estatuições primárias (na medida em que vale por força própria, ainda que eventualmente com base em um poder não originário, mas derivado ou atribuído ao órgão emanante), ao passo que lei é toda estatuição, embora carente de conteúdo normativo, expressa, necessariamente com valor de estatuição primária, pelos órgãos legislativos ou por outros órgãos delegados daquele. A lei não contém,

²³ SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 32ª edição. São Paulo:Malheiros, 2009, p.109

²⁴ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 229-230

²⁵ GRAU, Eros Roberto, *Ibidem*, p. 233

²⁶ GRAU, Eros Roberto, *Ibidem*, p. 236-238

necessariamente, uma norma. Por outro lado, a norma não é necessariamente emanada mediante uma lei.²⁷

Dando continuidade ao seu raciocínio, Eros Grau afirma que a função normativa (classificação material) compreende as funções legislativa, regulamentar e regimental, e sustenta que “o Legislativo não é titular de monopólio senão da função legislativa, parcela da função normativa, e não de toda esta, como a recepção irrefletida da teoria da “separação” dos poderes, à primeira vista, indica.”²⁸

Com esse entendimento, contrariando a doutrina tradicional, Eros Grau sustenta que é possível a inovação do ordenamento jurídico pela atuação regulamentar do Executivo. Ele diz que quando o “Executivo e o Judiciário emanam atos normativos de caráter não legislativo – regulamentos e regimentos, respectivamente- , não o fazem no exercício de função legislativa, mas sim no desenvolvimento de função normativa”.²⁹

O Ministro do STF aduz que “o exercício da função regulamentar e da função regimental não decorre de delegação de função legislativa, não envolvendo, portanto, derrogação do princípio da divisão dos poderes”.³⁰

Por fim, conclui que a doutrina tradicional (que, com base no princípio da legalidade, refuta a possibilidade de o Poder Executivo exercer função regulamentar, salvo na hipótese da produção de regulamentos de execução) “adota uma visão inteiramente errônea da teoria da tripartição dos poderes, concebendo-a como proposta de separação e não de equilíbrio entre os poderes (...)”.³¹

1.5 O hipertrofismo dos Poderes do Estado

Não obstante os argumentos doutrinários no sentido de uma maior harmonia, equilíbrio e colaboração, o que se tem notado recentemente é a supremacia de certos poderes, gerando um desequilíbrio no sistema.

Para André Ramos Tavares:

²⁷ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 241

²⁸ GRAU, Eros Roberto. *Ibidem*. p. 244

²⁹ GRAU, Eros Roberto, *Ibidem*, p. 248

³⁰ GRAU, Eros Roberto, *Ibidem*. p. 248

³¹ GRAU, Eros Roberto, *Ibidem*. p. 246

A proeminência do Poder judiciário, na época atual, é sentida de maneira bastante intensa - com exceção do modelo francês – servindo de base à necessária remodelagem da clássica teoria da separação dos poderes, no que se refere às relações entre estes.³²

Sobre esse tema, Elival da Silva Ramos assim dispõe:

(...) mas sempre haverá um núcleo essencial da função que não é passível de ser exercido senão pelo Poder competente. De outra parte, como as atividades estatais se articulam entre si, o exercício de função que se aparte de suas características materiais intrínsecas acabará, inevitavelmente, resultando em interferência indevida na esfera de competência do outro Poder, com risco de seu esvaziamento, dado o efeito multiplicador decorrente da imitação dos modelos de conduta institucionais.³³

Dando continuidade ao seu raciocínio, e afirmando que “observância do princípio da separação dos Poderes implica na manutenção dos órgãos do Judiciário nos limites da função jurisdicional que lhes é confiada e para cujo exercício foram estruturados”, o autor discorre a respeito do ativismo judicial:

Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é à ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento, principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função do governo. Não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, e sim da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuíveis a outros Poderes.³⁴

Portanto, não olvidando as recentes e frequentes notícias a esse respeito reportadas em todos os meios de comunicação social, é patente a interferência do Judiciário no núcleo essencial de funções que não são suas, demonstrando não só a inobservância do princípio até então tratado, como também um desequilíbrio no funcionamento do Estado na realização de suas funções.

Outrossim, cumpre observar que o hipertrofismo não é um fenômeno exclusivo do Poder Judiciário. Alguns autores apontam a preponderância do Executivo sobre os demais poderes, principalmente sobre o Legislativo. Carlos

³² TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*, 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1188

³³ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial – Parâmetros dogmáticos*, São Paulo: Saraiva, 2010, p.116

³⁴ RAMOS, Elival da Silva, *Ibidem*, p.116-117

Pereira e Bernardo Mueller³⁵ sustentam que o Executivo controla o Legislativo, já que tem o poder de legislar (garantido ao presidente pela Constituição) e de centralizar o poder decisório nas mãos dos líderes dos partidos no Congresso.

Apontam, ademais, que a constituição assegura diversos poderes ao Presidente da República, como os poderes legislativos pró-ativos (como a medida provisória), os poderes legislativos reativos (como o veto) e a capacidade de o Presidente moldar ou até mesmo definir a agenda do Congresso.

A Constituição, ainda, define alguns temas sobre os quais o Executivo tem o poder exclusivo de iniciar a legislação, como no caso das propostas que digam respeito a problemas orçamentários e de administração pública.

Os autores citam mais um instrumento importante que o Executivo pode utilizar para interferir na tramitação de uma proposta no Congresso: o pedido de urgência, que faz com que a Comissão tenha que examinar a proposta em duas semanas e votá-la antes de mandá-la para o plenário.

Dessa forma, os autores aduzem que a combinação de medidas provisórias, vetos e pedidos de urgência dá ao Executivo um poderoso conjunto de instrumentos para controlar a agenda do Congresso, bloqueando legislação que não lhe interesse e promovendo aquelas consideradas prioritárias.

Salientam, ainda, que o Executivo atua de forma estratégica, junto com os líderes do partido ou da coalizão governista, substituindo membros das comissões que lhe são menos leais com o objetivo de assegurar a vitória de seus interesses.

Por fim, concluem os autores:

O fato mais marcante do Congresso brasileiro são os extensos poderes legislativos do Executivo. Entre outros poderes, o Executivo brasileiro pode iniciar legislação, retirar propostas das comissões via pedido de urgência, vetar em parte ou no todo legislação aprovada no Congresso, influenciar na composição das comissões, influenciar na escolha dos presidentes e relatores das comissões e criar comissões especiais. Uma consequência direta dessa extrema preponderância do Executivo é a fragilidade de nossas comissões parlamentares, em contraste marcante com as comissões do Congresso dos EUA.³⁶

³⁵ PEREIRA, Carlos; MUELLER, Bernardo. Uma teoria da preponderância do Poder Executivo. O sistema de comissões no Legislativo brasileiro, in *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 15, nº 43, junho/2000, p. 35-67.

³⁶ PEREIRA, Carlos; MUELLER, Bernardo. Uma teoria da preponderância do Poder Executivo. O sistema de comissões no Legislativo brasileiro, in *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 15, nº 43, junho/2000, p. 61

Todos esse argumentos, portanto, reforçam a idéia de que a preponderância de um Poder sobre o outro é fenômeno presente e de existência indiscutível na atualidade, característica do momento histórico em que a idéia de separação de poderes perdeu espaço para uma “verdadeira comparação de poderes”, na qual vemos “legisladores lutando por uma equiparação salarial com os magistrados, magistrados atuando como legisladores e o Executivo legislando de forma descontrolada e perniciosa por meio de infundáveis medidas provisórias”.³⁷

³⁷ FERNANDEZ, Atahualpa. *Ativismo judicial*. (Disponível em: <http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/6358/Ativismo_Judicial> Acessado em 13 abr.2011)

CAPÍTULO II

A NOVA HERMENEUTICA CONSTITUCIONAL

2.1 A interpretação da Constituição

A maior parte dos fenômenos cotidianos é passível de uma análise interpretativa. Assim, diariamente fazemos um exercício intelectual de interpretação: dos sentimentos e faces das pessoas, do tempo, dos gráficos e das estatísticas; enfim, estamos sempre buscando o verdadeiro significado daquilo com que nos deparamos diariamente.

Da mesma forma, as normas jurídicas são objeto de nosso exame interpretativo. Ao interpretarmos uma norma, buscamos aclarar seu conteúdo e, decifrar o exato sentido do seu texto para que, assim, sua aplicação seja possível.

A interpretação de qualquer norma jurídica é uma atividade intelectual que tem por finalidade precípua – estabelecendo o seu sentido - , tornar possível a aplicação de enunciados normativos, necessariamente abstratos e gerais, a situações da vida, naturalmente particulares e concretas.³⁸

A Constituição é composta de normas jurídicas e, portanto, deve ser interpretada para que seja aplicada. Assim sendo:

a interpretação constitucional não deixa de ser uma espécie de interpretação jurídica, na medida em que se interpretam normas jurídicas que ordenam a vida estatal e também estabelecem as bases da vida não estatal.³⁹

No início, com o surgimento das primeiras Constituições escritas (final do século XVIII), os intérpretes da Constituição utilizavam os mesmos métodos (ou elementos) de interpretação aplicados ao direito privado.

Cumprе assinalar que alguns autores, dentre eles Luís Roberto Barroso, afirmam que *elemento* é “o termo mais preciso para designar as categorias

³⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires Coelho; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 77

³⁹ SILVA, Roberto B. Dias da Silva. *Manual de Direito Constitucional*. Barueri, SP: Manole, 2007. p. 31

interpretativas”⁴⁰, pois significa “parte integrante do todo”, enquanto que *método* denota “caminho para chegar a um fim”. Dessa forma, “os diferentes elementos de interpretação não se excluem, mas se combinam, ao passo que a idéia de método, nesse contexto, sugeriria que a escolha de um caminho afastaria os outros, o que não é o caso”.⁴¹

A doutrina majoritária lista como tradicionais os seguintes elementos de interpretação: gramatical, histórico, sistemático e teleológico. Ressalta-se, porém, que esses elementos atuam conjuntamente, “sendo a interpretação fruto da combinação e do controle recíproco entre eles”.⁴²

Por meio da interpretação gramatical, o intérprete “se volta para o sentido literal dos termos, examinados isoladamente ou no contexto em que estão inseridos”⁴³. Em outras palavras, a interpretação gramatical “funda-se nos conceitos contidos na norma e nas possibilidades semânticas das palavras que integram o seu relato”.⁴⁴

A interpretação histórica, por sua vez, analisa as circunstâncias históricas que impulsionaram a criação da norma, “os trabalhos preparatórios de elaboração da regra e os precedentes legislativos e, por esses meios, procura revelar a vontade histórica do legislador, de forma a contribuir para entender o alcance da norma objeto da interpretação”.⁴⁵

Também chamada de lógica, a interpretação teleológico procura identificar quais são os objetivos e finalidades da norma. Por fim, a interpretação sistemática considera que a ordem jurídica é um sistema, ao qual a Constituição deve dar unidade. Dessa forma, o intérprete deve considerar o sistema como um todo ao buscar o exato sentido da norma

Em meados do século XX nasce a teoria da interpretação constitucional, com a criação de métodos específicos para a interpretação da Constituição. Essa nova teoria levou em conta o fato de que a Constituição possui algumas peculiaridades que a diferenciam das outras normas jurídicas.

⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 290

⁴¹ BARROSO, Luís Roberto, *Ibidem*. p. 290

⁴² BARROSO, Luís Roberto. *Ibidem*,. p. 290-291

⁴³ SILVA, Roberto B. Dias da Silva. *Manual de Direito Constitucional*. Barueri, SP: Manole, 2007. p.36

⁴⁴ BARROSO, op. Cit., p. 291

⁴⁵ SILVA, op. Cit., p.38

Dentre as especificidades das normas constitucionais, destaca-se que, diante da supremacia da Constituição, ou seja, da posição hierarquicamente superior da Constituição em relação às demais normas jurídicas, as normas constitucionais configuram o fundamento de validade de todas as leis e atos normativos. Dessa forma, todas as normas do ordenamento jurídico devem ser interpretadas de acordo com a Constituição, mas o raciocínio inverso não se aplica, já que, ao interpretar uma norma constitucional, o intérprete não deve procurar o sentido do seu conteúdo nas normas infraconstitucionais, mas sim na própria Constituição.

Outra característica das normas constitucionais é a diferença da linguagem empregada, pois nelas há uma maior proximidade com a linguagem popular. Ademais, as normas constitucionais são, em sua maioria, dotadas de expressões abertas, ambíguas e imprecisas.

Acresce-se a esses atributos o fato de a Constituição abarcar muitas disposições com conteúdo político. Nesse sentido, Paulo Bonavides ressalta que a norma constitucional é dotada de natureza política, uma vez que ela “rege a estrutura fundamental do Estado, atribui competências aos poderes, dispõe sobre os direitos humanos básicos, fixa o comportamento dos órgãos estatais”.⁴⁶ O autor salienta que:

A interpretação constitucional se move pois no plano delicado da dicotomia a que nos temos referido: de um lado, o jurídico, doutro, o político, ambos porém decisivamente importantes, demandando a única solução possível: o equilíbrio desses dois pratos da balança constitucional.⁴⁷

Além dessas, outras particularidades da Constituição fazem com que a tarefa do intérprete constitucional seja distinta daquela desenvolvida pelo intérprete das demais normas do Direito, fazendo, por conseguinte, com que sejam necessários métodos específicos para a interpretação constitucional. Nesse sentido, Canotilho ensina que:

a interpretação das normas constitucionais é um conjunto de métodos, desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência com base em critérios ou premissas (filosóficas, metodológicas, epistemológicas) diferentes, mas, em geral, reciprocamente complementares.⁴⁸

⁴⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 461

⁴⁷ BONAVIDES, Paulo. *Ibidem*. p. 463

⁴⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. ver. Coimbra: Almedina, 1993. p.212-213

2.1.1 Métodos da hermenêutica constitucional

Conforme aponta Canotilho, foram desenvolvidos alguns métodos de interpretação constitucional. Dentre eles estão os métodos jurídico, tópico-problemático, hermenêutico-concretizador, científico-espiritual, normativo-estruturante e da comparação constitucional, sobre os quais será feita uma análise sintética.

O *método jurídico* é o método hermenêutico clássico. Partindo da premissa de que a Constituição é uma lei, o intérprete a decifra por meio dos elementos tradicionais de interpretação: gramatical, histórico, teleológico e sistemático. Importante lembrar que tais elementos foram desenvolvidos para a interpretação das normas do direito privado, podendo, portanto, não ser suficientes para elucidar o significado das normas constitucionais, que são normas de direito público e dotadas de algumas particularidades.

Em 1953, Theodor Viehweg fez renascer a tópica como método interpretativo. O *método tópico-problemático* foca o problema concreto e procura a sua solução. Percebe-se, pois, que em tal método a interpretação parte do problema para a norma. Assim, ao identificar o problema, o intérprete se apoia na Constituição, desenvolve argumentos e busca a solução mais adequada para o caso concreto.

De acordo com o entendimento de Paulo Bonavides, a tópica é um método “de tratar e conhecer o problema por via do debate e da descoberta de argumentos ou de formas de argumentação que possam, de maneira relevante e persuasiva, contribuir para solucioná-lo satisfatoriamente”.⁴⁹ São feitas as seguintes críticas à utilização desse método interpretativo:

I) a ausência de uma investigação jurisprudencial séria e profunda; II) a possibilidade de sua utilização conduzir a um casuismo ilimitado e, por consequência, a uma insegurança interpretativa, tendo em vista que os métodos clássicos de interpretação, assim como a norma e o sistema, são tratados como simples *topoi* (“formas de raciocínio); e III) o fato de que a interpretação deve partir da norma para a solução do problema e não do problema para a norma.⁵⁰

Antagônico ao método tópico-problemático, o *método hermenêutico-concretizador*, de autoria de Konrad Hesse, parte da norma para o caso concreto. O

⁴⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 491

⁵⁰ NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Método, 2009. p.155

conteúdo da norma é esclarecido com a interpretação, sendo o ato de interpretar a Constituição nada mais do que concretizar a norma existente. Logo, podemos dizer que “os elementos básicos deste método são: a norma a ser concretizada, a compreensão prévia do intérprete e o problema concreto a ser resolvido”.⁵¹

Com o *método científico-espiritual*, o aspecto político da Constituição ganha destaque, pois a sua interpretação não se restringe ao campo normativo. O exercício interpretativo assume um aspecto global e dinâmico e o intérprete leva em consideração fatores como realidades sociais e culturais, correlacionando-os ao conteúdo constitucional, e buscando assim o “espírito da Constituição”.

Desenvolvido por Friedrich Müller, o *método normativo-estruturante* tem como base a tópicos, mas com alguns elementos diferenciadores. A interpretação também é vista como a concretização da norma; mas a norma jurídica, nesse método, é percebida como algo que vai além de seu conteúdo literal, envolvendo inclusive elementos da realidade social. Conseqüentemente, o intérprete não se restringe ao texto normativo ao interpretar ou concretizar a Constituição.

Por fim, o *método da comparação constitucional* prestigia o diálogo entre as Constituições, fazendo com que a interpretação da norma constitucional leve em consideração os resultados dessa comparação.

Apesar das diferenças existentes em cada um dos métodos apresentados, é notório que todos eles buscam, de alguma forma, dar a máxima efetividade ao enunciado normativo, seja por meio de uma interpretação que dê preferência ao caso concreto, seja por uma hermenêutica cujo enfoque esteja na norma. Em todos os métodos, é notório que a interpretação é vista como o instrumento que possibilita alcançar os fins estabelecidos na Constituição.

2.1.2 Princípios de interpretação constitucional

Além dos métodos supra mencionados, a doutrina elenca alguns princípios específicos de interpretação constitucional, destacando-se o princípio da supremacia da Constituição, da presunção de constitucionalidade das leis e atos do Poder Público, da unidade da constituição, da máxima efetividade, da força normativa, da interpretação conforme a Constituição e da proporcionalidade ou razoabilidade, os quais analisaremos sucintamente.

⁵¹ NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Método, 2009. p.156

A Constituição é elaborada por meio da manifestação da vontade popular e, por isso, é dotada de supremacia, prevalecendo sobre “o processo jurídico majoritário - isso é, sobre a vontade do poder constituído e sobre as leis em geral”.⁵² Dessa forma, do *princípio da supremacia da Constituição* decorre que toda lei ou ato normativo deve estar de acordo com os dispositivos constitucionais para que seja válido e subsista no ordenamento jurídico.

As leis e atos normativos são criação dos representantes do povo, eleitos democraticamente e incumbidos do dever de respeitar a democracia, os princípios regentes da administração pública, bem como os princípios constitucionais. Tendo como base essas premissas, o *princípio da presunção de constitucionalidade das leis e atos do Poder Público* estabelece que qualquer lei ou ato normativo presume-se válido até que se prove o contrário. Trata-se, portanto, de presunção *iuris tantum*, que admite prova em contrário, cabendo a prova àquele que alegar a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo.

Pelo *princípio da unidade da constituição*, as normas constitucionais são parte de um todo, de um sistema de regras e princípios, não devendo as normas constitucionais serem interpretadas isoladamente. Logo, o princípio da unidade da Constituição é uma particularização da interpretação sistêmica. Ressalta-se, ademais, que em decorrência desse princípio fica afastada a hipótese de hierarquia entre as normas constitucionais, o que impossibilita a declaração de inconstitucionalidade de uma norma constitucional.

O *princípio da máxima efetividade* estabelece que, ao interpretar uma norma constitucional, o intérprete deve desenvolver uma interpretação que dê a máxima efetividade à norma, ou seja, o intérprete deve optar pela interpretação que possibilite a maior realização do conteúdo da norma constitucional no caso concreto.

Pelo *princípio da força normativa da Constituição*, fica determinado que as normas constitucionais, da mesma forma que as demais normas do ordenamento jurídico, são dotadas de imperatividade, ou seja, “aplicam-se direta e imediatamente às situações nelas contempladas e sua inobservância deverá deflagrar os mecanismos próprios de sanção e cumprimento coercitivo”.⁵³

⁵² BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 299

⁵³ BARROSO, Luís Roberto, *Ibidem*, p. 297

O *princípio da interpretação conforme a Constituição*, conforme afirma Luís Roberto Barroso, abriga uma técnica de interpretação e um mecanismo de controle de constitucionalidade:

Como técnica de interpretação, o princípio impõe a juízes e tribunais que interpretem a legislação ordinária de modo a realizar, de maneira mais adequada, os valores e fins constitucionais. Vale dizer: entre interpretações possíveis, deve-se escolher a que tem mais afinidade com a Constituição. (...) Como mecanismo de controle de constitucionalidade, a interpretação conforme a Constituição permite que o intérprete, sobretudo o tribunal constitucional, preserve a validade de uma lei que, na sua leitura mais óbvia, seria inconstitucional. Nessa hipótese, o tribunal, simultaneamente, infirma uma das interpretações possíveis, declarando-a inconstitucional, e afirma outra, que compatibiliza a norma com a Constituição.⁵⁴

Já em relação ao *princípio da razoabilidade*, Luís Roberto Barroso ensina que esse teve origem nos Estados Unidos como um princípio constitucional que servia de parâmetro para o controle de constitucionalidade. Por sua vez, o *princípio da proporcionalidade* surgiu na Alemanha e desenvolveu-se no âmbito do direito administrativo, funcionando como limitação à discricionariedade administrativa.⁵⁵ Nota-se, portanto, que são princípios de origem diversa.

Barroso afirma que o *princípio da razoabilidade-proporcionalidade* é um valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público conceituando-o da seguinte forma:

Em resumo sumário, o princípio da razoabilidade permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado (adequação); b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo menos gravoso para chegar ao mesmo resultado (necessidade/vedação do excesso); c) os custos superem os benefícios, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha (proporcionalidade em sentido estrito).⁵⁶

Virgílio Afonso da Silva entende que a proporcionalidade tem a estrutura de uma regra e não de um princípio, já que não se trata de algo que seja realizado na maior medida possível diante das condições fáticas, mas sim de um dever definitivo.⁵⁷

⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.p. 301

⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Ibidem*. p. 256

⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Ibidem*. p. 305

⁵⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.168-179

Para Virgílio Afonso da Silva, portanto, o que existe é a regra da proporcionalidade, que é composta de três exames. O primeiro a ser feito é o da adequação, no qual indagamos se a medida é adequada para fomentar a realização do objetivo perseguido.

O próximo exame é o da necessidade que, segundo o constitucionalista, é um teste comparativo, já que se verifica a necessidade do ato ao compará-lo a outras alternativas que poderiam ser utilizadas para a mesma finalidade. O autor enfatiza, entretanto, que no teste da necessidade não se deve perguntar se há medidas mais eficientes que a medida adotada, mas apenas se há medidas tão eficientes quanto aquelas, mas que restrinjam menos o direito afetado.

Finalmente, o exame da proporcionalidade em sentido estrito procura evitar que as medidas adotadas, embora adequadas e necessárias, restrinjam direitos fundamentais além daquilo que a realização do objetivo perseguido seja capaz de justificar.

Seja qual for a denominação eleita, o que interessa é ressaltar que a regra ou princípio da proporcionalidade tem sido um instrumento de grande valia para sanar dúvidas e solucionar controvérsias em relação a certas medidas adotadas pelo Poder Público e, inclusive, por particulares.

2.2 A nova hermenêutica constitucional

De acordo com a tradição, a interpretação das normas jurídicas é vista como uma atividade mecânica do intérprete, de simples ajuste da norma ao caso concreto. A metodologia da interpretação constitucional clássica, portanto, é a da subsunção, ou seja, faz-se um enquadramento dos fatos na previsão da norma e pronuncia-se uma conclusão. Ressaltando a insuficiência dessa metodologia para solucionar os chamados *hard cases*, Luís Roberto Barroso faz a seguinte observação:

O método clássico de interpretação constitucional concebe a interpretação como uma atividade puramente técnica de conhecimento do texto constitucional, a ser aplicado de modo mecânico, por via de um raciocínio silogístico. No seu âmbito, não se considera necessário ou legítimo que o juiz formule juízos de valor ou desempenhe atividade criadora, lançando mão de elementos axiológicos ou fáticos, com recurso à filosofia ou à realidade social. O método clássico é originário do direito privado e sofre influência do formalismo que moldou a interpretação do Código Civil napoleônico. Nada obstante, é ainda amplamente utilizado, prestando-se à

solução dos casos fáceis, cuja resposta pode ser encontrada pelo emprego das regras, princípios e elementos tradicionais de interpretação jurídica. Não é suficiente, contudo, para a solução dos casos difíceis, que envolvem normas de textura aberta ou princípios antagônicos, que indicam respostas diferentes para o mesmo problema.⁵⁸

O autor deixa claro que a subsunção tornou-se obsoleta para solucionar algumas situações jurídicas que surgiram com o passar dos tempos, principalmente aquelas em que estão envolvidos princípios em colisão e normas com enunciados abertos, que exigem um trabalho extra do intérprete para revelar o seu conteúdo. Dessa forma, sem abandonar o método já existente, foi necessária uma reformulação da interpretação constitucional.

A idéia de uma nova interpretação constitucional liga-se ao desenvolvimento de algumas fórmulas originais de realização da vontade da Constituição. Não importa em desprezo ou abandono do método clássico – o substantivo, fundado na aplicação de regras - nem dos elementos tradicionais da hermenêutica: gramatical, histórico, sistemático e teleológico. Ao contrário, continuam eles a desempenhar um papel relevante na busca de sentido das normas e na solução de casos concretos. Relevante, mas nem sempre suficiente.⁵⁹

Diante dessa nova perspectiva, a interpretação constitucional passou por uma reestruturação e alcançou uma nova fase, na qual alguns dogmas foram deixados de lado para que novas técnicas e métodos interpretativos fossem adotados, possibilitando, assim, uma hermenêutica amoldada à nova realidade e à abertura constitucional.

Para compreendermos melhor a nova fase da interpretação constitucional, é preciso mencionar que a sua origem se deve ao pós-positivismo, que, por sua vez, surgiu a partir da segunda metade do século XX, como forma de superação do jusnaturalismo e do positivismo jurídico.

Definindo esse novo momento, Luís Roberto Barroso afirma que “o pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se

⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. pp, 278-279

⁵⁹ BAROSSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. (Disponível em: <http://www.femparpr.org.br/userfiles/file/texto_principios_constitucionais_barroso.pdf> Acesso em: 10 mar.2011)

incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica* e a teoria dos direitos fundamentais”.⁶⁰

Dessa forma, no Pós-positivismo, o Direito se reaproxima da ética, os valores voltam a ter importância e passam a ser incorporados nas Constituições sob a forma de princípios. As Constituições passam a ter força normativa e a serem vistas como um sistema aberto de princípios e regras.

A doutrina pós-positivista se inspira na revalorização da razão prática, na teoria da justiça e na legitimação democrática. Nesse contexto, busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral da Constituição e das leis, mas sem recorrer a categorias metafísicas. No conjunto de idéias ricas e heterogêneas que procuram abrigo nesse paradigma em construção, incluem-se a reentronização dos valores na interpretação jurídica, com o reconhecimento de normatividade aos princípios e de sua diferença qualitativa em relação às regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica, a formação de uma nova hermenêutica, e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana. Nesse ambiente, promove-se uma aproximação entre o Direito e a ética.⁶¹

Conforme será demonstrado, o conjunto de fatores que caracterizam o pós-positivismo serviram de alicerce para o desenvolvimento da nova hermenêutica constitucional.

2.2.1 Regras e princípios

A distinção entre regras e princípios é uma das bases da nova dogmática Constitucional. A Constituição é formada por normas, as quais podem ser regras ou princípios.

Virgílio Afonso da Silva sustenta que existem três correntes sobre a distinção entre princípios e regras.⁶² A primeira delas, defendida por Dworkin e Robert Alexy, adota a tese da separação qualitativa entre regras e princípios, sustentando que a diferença entre as duas espécies de norma é de ordem lógica.

⁶⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p.325

⁶¹ Idem. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 249-250

⁶² SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. In: *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n. 1, Del Rey, jan.-jul./2003, p. 605-630

A segunda corrente diz que a distinção entre princípios e regras é de grau: de generalidade, de abstração ou de fundamentalidade. Por fim, a última corrente alega que não há utilidade nessa distinção.

Ao distinguir as duas espécies do gênero “norma”, Dworkin afirma que as regras são aplicáveis à maneira do tudo ou nada, já que, ou elas são válidas e se aplicam integralmente, ou são inválidas e, dessa forma, não se aplicam de forma alguma.⁶³

Quanto aos princípios, Dworkin afirma que esses, além da dimensão da validade, possuem a dimensão do peso e, havendo colisão entre princípios, o intérprete deve observar a força relativa que cada princípio assume no caso concreto. Dessa forma, prevalece o princípio que tiver maior peso no caso concreto.

Apesar de adotar o mesmo critério de diferenciação entre regras e princípios de Dworkin, qual seja, o critério qualitativo, Robert Alexy doutrina que os princípios são mandamentos de otimização. Senão, vejamos:

(...) princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes⁶⁴.

Entretanto, ao conceituar as regras, a aproximação entre a tese de Alexy e de Dworkin se torna mais evidente:

Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível.⁶⁵

Segundo Alexy, o conflito entre regras e a colisão entre princípios devem ser solucionados de formas distintas. No primeiro caso, o conflito só pode ser

⁶³ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39-42

⁶⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p.90

⁶⁵ ALEXY, Robert, *Ibidem*, p. 91

solucionado com a introdução de uma cláusula de exceção em uma das regras, ou, ainda, se uma das regras for declarada inválida.⁶⁶

Havendo, entretanto, colisão entre princípios, a solução é outra. Nesse caso deverá ocorrer um sopesamento, isto é, um dos princípios terá que ceder, pois os princípios têm pesos diferentes e aquele com maior peso deve prevalecer. Isso não significa que o princípio com menos peso será declarado inválido, nem que será introduzida uma cláusula de exceção.⁶⁷ Importante deixar claro que Alexy afirma que a prevalência de um princípio sobre o outro irá depender dos fatos apresentados no caso concreto.

Alexy ressalta que os princípios expressam deveres e direitos *prima facie*, ou seja, como “exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, eles não contêm um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*”.⁶⁸ Logo, havendo colisão entre princípios, esses deverão ser ponderados, mostrando-se mais ou menos amplos no caso concreto.

Diferentemente dos princípios, as regras expressam deveres e direitos definitivos, pois “exigem que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam”.⁶⁹

A ponderação vem sendo bem aceita pela doutrina e já foi adotada em diversas decisões dos tribunais brasileiros. Essa técnica tem o objetivo de atribuir pesos relativos a cada um dos princípios que se contrapõem para que aquele de maior peso para o caso concreto prevaleça em detrimento daquele de menor valor.

Luís Roberto Barroso evidencia que tanto a visão pós-positivista como a importância conferida aos princípios influenciaram e contribuíram para a formação da nova hermenêutica Constitucional.

A perspectiva pós-positivista e principiológica do Direito influenciou decisivamente a formação de uma moderna hermenêutica constitucional. Assim, ao lado dos princípios materiais envolvidos, desenvolveu-se um catálogo de princípios instrumentais e específicos de interpretação constitucional.⁷⁰

⁶⁶ ALEXY, Robert, *Ibidem*, p.92

⁶⁷ ALEXY, Robert, *Ibidem*, p.93

⁶⁸ ALEXY, Robert, *Ibidem*, p.103-104

⁶⁹ ALEXY, Robert, *Ibidem*, p.104

⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 331

Assim, após todas as explicações colacionadas, é importante enfatizar novamente que a distinção entre princípios e regras, baseada em um critério qualitativo, constitui uma das bases da nova hermenêutica constitucional.

2.2.2 A abertura da Constituição e a democratização do processo interpretativo

A concepção de que o direito é um sistema aberto de valores e a Constituição um conjunto de princípios e regras destinados a realizá-los é fato presente e determinante dessa nova fase da hermenêutica Constitucional.

A Constituição é vista como um sistema aberto, não mais se restringindo sua interpretação aos juristas. Nessa linha de pensamento, Peter Häberle passou a sustentar a idéia da democratização da interpretação constitucional, isto é, a interpretação constitucional não deve ser encarada como uma atividade exclusiva do estado ou dos operadores do direito.

(...) no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elemento cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição.⁷¹

O doutrinador alemão, ao elucidar sua tese, afirma que a norma é interpretada por todos aqueles que de alguma forma a vivenciam. Assim, “como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição”.⁷²

Paulo Bonavides, ao analisar a construção teórica de Peter Häberle, entende que essa se desdobra em três pontos principais:

o primeiro, o alargamento do círculo de intérpretes da Constituição, o segundo, o conceito de interpretação como um processo aberto e público; e finalmente, o terceiro, ou seja, a referência desse conceito à Constituição mesma, como realidade constituída e ‘publicização’.⁷³

⁷¹ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. p. 13

⁷² HÄBERLE, Peter. *Ibidem*. p. 15

⁷³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p.509

Dando continuidade a sua tese, Peter Häberle argumenta que o processo constitucional não configura o único meio de interpretação constitucional, pois muitas vezes a interpretação é feita em situações não contenciosas, pelos próprios cidadãos.

Muitos problemas e diversas questões referentes à constituição material não chegam à Corte Constitucional, seja pela falta de competência específica da própria Corte, seja pela falta de iniciativa de eventuais interessados. Assim, a Constituição material subsiste sem interpretação constitucional por parte do juiz. Considerem-se as disposições dos regimentos parlamentares! Os participantes do processo de interpretação constitucional em sentido amplo e os intérpretes da Constituição desenvolvem, autonomamente, direito constitucional material. Vê-se, pois, que o processo constitucional não é a única via de acesso ao processo de interpretação constitucional.⁷⁴

Nessa mesma linha, defendendo a democratização do processo interpretativo e a simplicidade da linguagem utilizada na Constituição, André Ramos Tavares afirma que “a interpretação da Constituição deve operar, sempre, o mais próximo possível de seu povo. Portanto, a linguagem deve ser-lhe próxima, vale dizer, há de se privilegiar o emprego da linguagem comum”.⁷⁵

Os estudos de Peter Häberle serviram como referência para a doutrina que proclama a ideia da abertura constitucional. Carlos Roberto Siqueira Castro afirma que “o Estado Constitucional Democrático da atualidade é um Estado de abertura constitucional radicado no princípio da dignidade da pessoa humana”.⁷⁶

Pablo Lucas Verdu, citado por Siqueira Campos, diz que a abertura constitucional significa que as Constituições atuais dos Estados democráticos se abrem para outros conteúdos, tanto normativos (direito canônico, direito comunitário), como extranormativos (usos e convenções, normas de correção constitucional), e metanormativos (valores, postulados morais e de justiça material, dimensões socioeconômicas).⁷⁷

Percebe-se, portanto, que a abertura constitucional é reflexo do momento histórico dos Estados, nos quais imperam os valores fundamentais da democracia. Nesse contexto democrático, de uma sociedade aberta e pluralista, é impensável

⁷⁴ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. p. 42

⁷⁵ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 8ªed. São Paulo: Saraiva, 2010. p 105

⁷⁶ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição aberta e os direitos fundamentais – ensaio sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 19

⁷⁷ VERDU, apud CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição aberta e os direitos fundamentais – ensaio sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 30

que a interpretação constitucional, consoante assinalou Peter Häberle, se restrinja aos agentes estatais ou intérpretes oficiais.

Siqueira Castro menciona que, embora ainda prevaleçam os sistemas jurídicos fechados de inspiração positivista, o pensamento de abertura e mobilidade do sistema ganhou força nas últimas décadas do século passado.

No sistema fechado, o direito “é compreendido como mero sistema de regras preceituais”, atribuindo-se aos princípios de direito (normas principiológicas) um valor secundário.⁷⁸

Já no sistema jurídico aberto, “convivem, em reciprocidade, e em contínua interpelação mútua, normas de natureza principiológica – implícitas ou explícitas – e normas de natureza preceptiva”, ou seja, regras e princípios apresentam o mesmo valor jurídico.

Nota-se, portanto, que a abertura constitucional permite que ao conteúdo tradicional das Constituições sejam adicionados outros que reflitam as novas aspirações da sociedade do atual momento. Ademais, proporciona que dogmas, como o valor secundário dos princípios, sejam superados para que a exegese da Constituição busque a máxima efetividade das disposições normativas nela existentes.

Todavia, Paulo Bonavides faz um alerta a respeito das dificuldades de aplicação da constituição aberta em Estados subdesenvolvidos ou em desenvolvimento.

(...) o método concretista da Constituição aberta demanda para uma eficaz aplicação a presença de sólido consenso democrático, base social estável, pressupostos institucionais firmes cultura política bastante ampliada e desenvolvida, fatores sem dúvida difíceis de achar nos sistemas políticos e sociais de nações subdesenvolvidas ou em desenvolvimento (...).⁷⁹

Uma das conseqüências da abertura da Constituição é que as suas normas passaram a ter como característica um elevado grau de abstração. Diante desse fato, fica evidente que a tarefa do intérprete da Constituição se tornou mais árdua, pois esse, muitas vezes, tem que buscar o significado dos conceitos vagos, indeterminados e imprecisos utilizados pelo constituinte.

⁷⁸ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira, *A Constituição aberta e os direitos fundamentais – ensaio sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 47

⁷⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 516

Sobre esse nova característica das normas constitucionais, André Ramos Tavares faz a seguinte observação:

Realmente, constata-se o emprego por vezes exacerbado de conceitos imprecisos, de difícil compreensão quanto ao conteúdo. Na maior parte dos casos, as normas constitucionais de caráter aberto são classificadas como principiológicas. Como decorrência da reconhecida “abertura e amplitude da Constituição” surgem dificuldades interpretativas quantitativa e qualitativamente superiores àquelas constatadas nos demais segmentos jurídicos. Como primeira consequência dessa característica linguística das normas de uma Constituição tem-se o agigantamento da tarefa dos intérpretes e, com isso, de sua liberdade em identificar determinado conteúdo ou sentido de uma norma positivada.⁸⁰

O autor afirma ainda que essa abertura faz com que o intérprete busque a complementação da norma, atuando, assim, com mais liberdade. Ressalta que “a abertura permite a evolução do Direito Constitucional por meio da interpretação, a chamada mutação informal (da compreensão) da Constituição”.⁸¹

As Constituições abrigam matérias de importância inquestionável para o Estado. Não raras vezes é necessário alterar o seu conteúdo, adaptando-o à atualidade. Tal procedimento pode ocorrer pela via formal, por meio da reforma constitucional; ou pela via informal, por meio da chamada mutação constitucional.

Logo, a mutação constitucional, simplificada falando, é o “mecanismo que permite a transformação do sentido e do alcance de normas da constituição, sem que se opere, no entanto, qualquer modificação do seu texto”.⁸²

A mutação constitucional por via de interpretação, por sua vez, consiste na mudança de sentido da norma, em contraste com o entendimento preexistente. Como só existe norma interpretada, a mutação constitucional ocorrerá quando se estiver diante da alteração de uma interpretação previamente dada.⁸³

2.2.3 Principais características da nova hermenêutica constitucional

A nova hermenêutica constitucional se desenvolveu, essencialmente, a partir de uma nova perspectiva em relação à norma constitucional. A interpretação tradicional, extremamente objetiva e centralizada no método subsuntivo, perdeu

⁸⁰ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 8ªed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 106

⁸¹ TAVARES, André Ramos, *Ibidem*, p. 106

⁸² BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 123

⁸³ BARROSO, Luís Roberto, *Ibidem*, p. 130

espaço para uma hermenêutica que não vê mais a norma como um simples enunciado que deve ser ajustado ao caso concreto.

Assim, na interpretação constitucional contemporânea, a norma jurídica já não é percebida como antes. Em primeiro lugar porque, em múltiplas situações, ela fornece apenas um início de solução, não contendo, no seu relato abstrato, todos os elementos para determinação do seu sentido. É o que resulta da utilização freqüente nos textos constitucionais, da técnica legislativa que recorre a cláusulas gerais. E, em segundo lugar, porque vem conquistando crescente adesão na ciência jurídica a tese de que a norma não se confunde com o enunciado normativo – que corresponde ao texto de um ou mais dispositivos -, sendo, na verdade, o produto da interação texto/realidade. Nessa visão, não existe norma em abstrato, mas somente norma concretizadora.⁸⁴

Na atual fase da interpretação constitucional, a tarefa do intérprete implica, na maioria das vezes, desenvolver uma atividade que vai muito além da sua atuação técnica de desvendar o sentido do conteúdo normativo. O intérprete constitucional se depara com enunciados normativos abertos, que exigem o exercício de valoração de significados, devendo optar por aquele que dê maior efetividade ao dispositivo interpretado. Sua tarefa, portanto, ultrapassa a função outrora vista como mecânica, assumindo contornos de participação do processo de criação do direito.

Corroborando esse entendimento, Elival da Silva Ramos disserta a respeito da nova hermenêutica Constitucional, destacando a atividade de concretização dos magistrados:

No estágio alcançado pela Teoria da Interpretação, restam completamente superadas, quer a postura do positivismo jurídico do século XIX, que via no interpretar um mero ato de conhecimento de um dado pronto e acabado, quer a proposta teórica de Kelsen, que reconhecia ser a criatividade inerente ao processo de exegese-aplicação, porém a dissociava dos elementos cognitivos nele necessariamente existentes, de modo a restringir o interesse da Dogmática apenas a esse segundo aspecto. O que hoje se constata é que os magistrados, longe de meramente declarar ou reproduzir um direito preexistente, contribuem para a sua configuração, entretanto, não de forma livre ou inteiramente desvinculada e sim a partir do texto a aplicar, cujo teor normativo resulta, principalmente, da atividade de concretização. Um dos pilares em que se assenta a Hermenêutica jurídica da atualidade é, efetivamente, a distinção entre o texto normativo (o dispositivo ou enunciado) e o seu conteúdo (a norma, preceito ou disposição), sendo aquele o objeto da interpretação e este o seu resultado. A interpretação-aplicação é, desse modo, percebida como uma atividade simultaneamente cognoscitiva e criativa, consistindo no conhecimento ativo de um objeto que o próprio sujeito cognoscente contribuiu para produzir.⁸⁵

⁸⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 138

⁸⁵ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial – parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 82-83

Por sua vez, Paulo Bonavides demonstra certa preocupação com a possibilidade de um comportamento arbitrário dos governantes e, principalmente, dos tribunais diante dos novos métodos interpretativos da Constituição:

Dissolvendo na casuística a lei constitucional, a moderna hermenêutica provoca do mesmo passo uma incerteza ou insegurança manifesta com respeito ao Direito Constitucional, às suas formas, institutos, técnicas e conceitos. Presume-se, com apreensão de todos, que o juiz, investido de poderes decisórios extremamente dilatados, usurpe a função constituinte do povo ou da representação democrática legítima.⁸⁶

Importante ainda frisar que a nova hermenêutica constitucional, além da visão inovadora em relação à norma jurídica e à atividade do intérprete, desenvolveu novas categorias jurídicas. Nesse sentido:

Esses novos papéis reconhecidos à norma, ao problema e ao intérprete decorrem de fatores diversos, dentre os quais se podem assinalar: (i) a melhor compreensão de fenômenos que sempre existiram, mas não eram adequadamente elaborados; (ii) a maior complexidade da vida moderna, assinalada pela pluralidade de projetos existenciais e de visões de mundo, que comprometem as sistematizações abrangentes e as soluções unívocas para os problemas. Em razão dessas circunstâncias, a nova interpretação precisou desenvolver, reavivar ou aprofundar categorias específicas de trabalho, que incluem a atribuição de sentido a conceitos juridicamente indeterminados, a normatividade dos princípios, as colisões de normas constitucionais, a ponderação e a argumentação.⁸⁷

Luís Roberto Barroso afirma que existem novas categorias jurídicas utilizadas pela nova interpretação constitucional, elencando os conceitos jurídicos indeterminados, a normatividade dos princípios, a colisão de direitos fundamentais, a ponderação e a argumentação.

Ao elaborar o texto normativo, o legislador pode optar pela técnica de utilização de expressões vagas, imprecisas e indeterminadas. Desse modo, os conceitos jurídicos indeterminados permitem uma maior liberdade interpretativa (o que não significa que a interpretação poderá ser ilimitada e arbitrária), pois será necessário que o intérprete faça a valoração de elementos objetivos e subjetivos presentes na realidade fática para definir o sentido da norma e, em seguida, aplicá-la.

⁸⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 485

⁸⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 309

Quanto à normatividade dos princípios, já foi salientado que a idéia de valor secundário dos princípios foi superada no pós-positivismo, prevalecendo a tese de que tanto as regras quanto os princípios possuem *status* de normas jurídicas, havendo entre eles apenas uma distinção qualitativa.

É perfeitamente possível que duas normas constitucionais, de igual hierarquia, colidam em abstrato, já que as Constituições contemporâneas protegem os mais diversos bens jurídicos, os quais, muitas vezes, se contrapõem. Nesses casos de colisão de normas constitucionais, a subsunção não é suficiente para solucionar o problema, sendo necessário aplicar uma técnica distinta, que é a ponderação.

A ponderação é a técnica de decisão jurídica utilizada para solucionar os casos difíceis, ou seja, aqueles em que a subsunção se mostra insuficiente, especialmente quando uma situação concreta possibilita a aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas⁸⁸. Consoante ensina Barroso, a ponderação é um processo dividido em três etapas.⁸⁹

Segundo o autor, na primeira etapa, o intérprete deve identificar no sistema quais são as normas relevantes para a solução do caso, bem como eventuais conflitos existentes entre elas. Na segunda etapa, o intérprete deve analisar os fatos, as circunstâncias concretas do caso e a sua interação com os elementos normativos.

É na terceira etapa, ressalta o autor, que a diferença entre a ponderação e a subsunção fica clara. Isso porque, nessa etapa de decisão, examinam-se os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos no caso concreto, identificando-se os pesos que devem ser atribuídos aos elementos em disputa e definindo-se qual grupo de normas deve ponderar no caso.

Barroso enfatiza que na terceira etapa é necessário decidir também “quão intensamente esse grupo de normas – e a solução por ele indicada - deve prevalecer em detrimento dos demais”, ou seja, qual deve ser o grau em que a solução deve ser aplicada. Por fim, Barroso afirma que todo esse processo intelectual tem como fio condutor o princípio instrumental da proporcionalidade ou razoabilidade

⁸⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 358

⁸⁹ BARROSO, Luís Roberto, *Ibidem*, p. 358-360

Finalmente analisaremos a argumentação, a última categoria jurídica citada por Barroso. A nova hermenêutica constitucional, como demonstrado até agora, permite que os juízes atuem de forma mais criativa ao proferir suas decisões. Diante desse fato, o dever de fundamentação de suas decisões, inerente à atividade judicial, se potencializa. Assim, a argumentação das decisões judiciais ganha destaque nesse novo momento da interpretação constitucional.

Após a demonstração de todas essas peculiaridades da nova hermenêutica constitucional, fica fácil notar que as suas principais características certamente foram definidas pelo pós-positivismo.

Conforme demonstrado anteriormente, o pós-positivismo caracterizou-se pela aproximação do direito e da ética, pela importância atribuída aos valores, que passaram a ser incorporados nas Constituições sob a forma de princípios, e pela atribuição de normatividade às Constituições, que passaram a ser vistas como um sistema aberto de princípios e regras.

Ademais, nessa fase do constitucionalismo moderno foi desenvolvida a tese de que a diferença existente entre princípios e regras é qualitativa e, por consequência, ambas as espécies de norma passaram a sustentar o mesmo status jurídico. Acrescenta-se, ainda, à essa fase a idéia de abertura da Constituição e da democratização do processo interpretativo.

O pós-positivismo trouxe mudanças que proporcionaram uma visão inovadora da norma jurídica e, assim, o papel do intérprete assumiu dimensões antes inimagináveis. Diante desse quadro, a interpretação constitucional abandonou paradigmas do passado, assumindo novos contornos e criando as citadas categorias específicas para a nova hermenêutica constitucional, quais sejam: a atribuição de sentido aos conceitos jurídicos indeterminados, a normatividade dos princípios, a colisão de direitos fundamentais, a ponderação e a argumentação.

CAPÍTULO III O ATIVISMO JUCIAL

3.1 Ativismo Judicial

A teoria da separação dos poderes, formulado por Montesquieu no início do século XIX, foi amplamente difundida e adotada, sob a forma de princípio, nas constituições dos Estados modernos. No entanto, a passagem do tempo demonstrou que esse princípio se tornaria obsoleto caso não fosse repensado e adaptado às novas realidades econômicas, políticas e sociais.

Logo, procurando amoldar-se a esses novos fatos, o princípio da separação dos poderes abandonou a rigidez que outrora o caracterizava e flexibilizou-se, buscando, dessa forma, ajustar-se ao bom desenvolvimento das atividades do Estado.

Com isso, as formas de relacionamento entre os órgãos legislativo, executivo e judiciário sofreram mudanças, possibilitando a interferência recíproca entre os Poderes. Ademais, passou a ser permitido que cada um dos poderes exercesse funções atípicas, desde que respeitados os limites estabelecidos constitucionalmente. Portanto, com a reformulação da teoria da separação dos poderes, a idéia da colaboração entre eles passou a ser aceita nas Constituições.

Verifica-se, entretanto, que a necessidade de reformulação e adaptação não foi exclusiva da teoria supra mencionada. Com o advento do pós-positivismo que aproximou o Direito da ética; conferiu importância aos valores, os quais passam a ser incorporados nas Constituições sob a forma de princípios; atribuiu força normativa às Constituições, a qual passou a ser vista como um sistema aberto de regras e princípios; e estabeleceu a idéia de efetivação dos direitos fundamentais, revelou-se de suma importância a criação de uma nova forma de interpretar as Constituições.

Assim, com a nova hermenêutica constitucional, a norma passou a ser vista sob uma nova perspectiva, não sendo mais tida como um simples enunciado a ser interpretado e aplicado de forma mecânica pelo intérprete da Constituição. Nota-se,

portanto, que atualmente a atividade dos magistrados não se restringe à elucidação e à declaração do conteúdo normativo; vai muito além, podendo, inclusive, colaborar para a configuração da norma no momento de sua concretização, desde que, é claro, esteja em consonância com o texto a ser aplicado. A atividade do intérprete, conseqüentemente, tornou-se cognoscitiva e criativa ao mesmo tempo.

Tendo como base a reformulação do princípio da separação dos poderes e o desenvolvimento da nova hermenêutica constitucional, a atuação do Poder Judiciário se expandiu a ponto de, em certos casos, desviar-se e invadir a esfera de atuação dos demais Poderes. À essa ingerência do Poder Judiciário no núcleo essencial das funções típicas dos demais Poderes, dá-se o nome de ativismo judicial.

3.1.1 Ativismo judicial nos sistemas da *civil law* e da *common law*

O ativismo Judicial não é fenômeno exclusivo da realidade brasileira, estando presente em outros países. Frise-se que o objetivo do presente trabalho é o estudo do fenômeno no Brasil, porém, para alcançá-lo, é necessária uma breve análise do tema no direito comparado.

Mauro Cappelletti estuda as diferenças fundamentais entre os sistemas da *civil law* e os da *common law*.⁹⁰ A primeira diferença apontada é em relação a estrutura e organização das cortes superiores. Opostamente ao que ocorre nos países que adotam o sistema da *common law*, nos países da *civil law* há uma dicotomia de cortes supremas, mutuamente autônomas, e a cada uma dessas cortes é atribuído grande número de juízes. Ademais, os tribunais superiores dos países de *civil law* subdividem-se em várias Câmaras, cada qual decidindo de maneira independente das demais.

Cappelletti afirma que a consequência inevitável dessa desunida e diluída estrutura organizatória é o enfraquecimento da própria autoridade dos tribunais, dos magistrados singulares que os integram e de suas decisões.

A segunda diferença diz respeito ao grande número de recursos existentes nas cortes superiores dos países da *civil law*, já que, conforme leciona Cappelletti,

⁹⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 113-123

essas cortes não adotam o princípio que possibilita aos tribunais superiores julgarem apenas aqueles recursos que suscitam questões de maior relevância geral e pareçam de maior gravidade. Cappelletti alega que o elevado número de decisões compromete a qualidade e a coerência dos pronunciamentos dos tribunais.

A terceira diferença é em relação à sociologia judiciária, ou seja, ao tipo de juízes que compõem tais tribunais. Os juízes dos países da *civil law* são de carreira, que tendem a ser menos criativos do que os juízes dos países da *common law*, que são nomeados politicamente e, consoante afirma Cappelletti, costumam ser mais criativos.

A quarta diferença encontra-se no fato de que, usualmente, falta nos países da *civil law* algo semelhante à regra formal do *stare decisis*, ou seja, o vínculo aos precedentes judiciais. Entretanto, o próprio Cappelletti ressalva que, por antiga tradição, também se reconhece nos sistemas da *civil law* a autoridade do precedente judicial.

A quinta e última diferença apontada pelo autor é o fato de que, nos países da *civil law*, o direito é identificado com a lei. Diante da lacuna legislativa, o juiz deve supri-la com o uso da analogia e dos princípios gerais do direito. Diversamente, nos países da *common law*, o direito legislativo é visto como fonte excepcional do direito, e, em face da lacuna, o juiz pode desenvolver o direito, que disciplinará as relações jurídicas das partes.

Cappelletti sustenta que, apesar das diferenças existentes entre os dois sistemas, a criatividade judiciária está presente nos dois casos, havendo apenas uma diferença de grau em cada um dos sistemas.

A crítica feita por Cappelletti se dirige quase que exclusivamente à *civil law*. Logo, é notória a predileção do autor pelo sistema da *common law*, já que ele demonstra clara afeição pela criatividade da função jurisdicional e, segundo ele próprio afirma, nesse sistema, pelas razões apresentadas, há maiores chances de os magistrados atuarem de forma criativa.

Da mesma forma, fazendo um paralelo entre o sistema da *common law* e da *civil law*, Elival da Silva Ramos analisa o ativismo judicial no direito comparado. O autor afirma que, como o sistema da *common law* é baseado em precedentes, a jurisprudência continua a ocupar o lugar de principal fonte do direito.⁹¹

⁹¹ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial – parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 105

Segundo ele, o ativismo judicial, simplificada e falando, importa em desvio da função jurisdicional, em detrimento, principalmente, da função legislativa. Devido a esse fato, é muito mais difícil identificar uma atuação ativista da magistratura no sistema da *common law*, pois nesse sistema há uma maior proximidade entre a atuação do legislador no que se refere à produção de normas jurídicas.⁹²

Elival Ramos faz a seguinte conclusão a respeito do ativismo judicial no sistema da *common law*:

Diante do exposto, resta compreensível porque nos sistemas de *common law* se adota uma conceituação ampla de ativismo judicial, que abarca desde o uso da interpretação teleológica, de sentido evolutivo, ou a integração de lacunas, em que o Poder Judiciário atua de forma juridicamente irrepreensível, até as situações (raras, na perspectiva jurisprudencial da família anglo-saxônica) em que os limites impostos pelo legislador são claramente ultrapassados, configurando-se, pois, desvio de função por parte do órgão jurisdicional. Não há, pois, necessariamente, um sentido negativo na expressão ativismo, com alusão a uma certa prática de jurisdição. Ao contrário, invariavelmente, o ativismo é elogiado por proporcionar a adaptação do direito diante de novas exigências sociais e de novas pautas axiológicas, em contraposição ao “passivismo”, que, guiado pelo propósito de respeitar as opções do legislador ou dos precedentes passados, conduziria a estratificação dos padrões de conduta normativamente consagrados.⁹³

Verifica-se, assim, que a posição adotada por Elival da Silva Ramos se aproxima daquela escolhida por Mauro Cappelletti no sentido de enxergar o ativismo judicial, ou a criação judicial do direito, como consequência natural da estrutura e funcionamento do sistema da *common law*.

Portanto, é inquestionável o fato de que o sistema da *common law*, por sua própria estrutura e funcionamento, principalmente por seu embasamento em precedentes, permite que o juiz, não raras vezes, tenha a possibilidade de desenvolver o direito sem que isso receba a conotação ativista, a qual provavelmente seria atribuída à atividade jurisdicional que fosse exercida nesses mesmos moldes no sistema da *civil law*.

3.1.2 Conceito

⁹² RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial* – parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 107-108

⁹³ RAMOS, Elival da Silva, *Ibidem*, p. 110

Mauro Cappelletti, constitucionalista italiano, disserta a respeito da criatividade da função jurisdicional, ressaltando que a interpretação do direito sempre implica certo grau de discricionariedade e, por conseguinte, de criatividade.

por mais que o intérprete se esforce por permanecer fiel ao seu texto, ele será sempre, por assim dizer, forçado a ser livre – porque não há texto (...) legislativo que não deixe espaço para variações e nuances, para a criatividade legislativa.⁹⁴

Apesar de garantir que não há oposição entre interpretação e criação do direito, Cappelletti entende ser necessário fazer uma distinção entre ambas as atividades. Assim, ele enfatiza que, embora toda interpretação envolva certo grau de discricionariedade, isso não implica total liberdade do intérprete, pois há limites processuais e substanciais à liberdade judicial.⁹⁵

Cappelletti ensina ainda que no Estado moderno houve um crescimento do número de direitos fundamentais elevados a âmbito constitucional, sendo essas listas de direitos fundamentais a base das constituições do século XX. Dessa forma, o autor sustenta que a tarefa dos tribunais de dar atuação aos modernos *Bill of Rights* contribuiu para alargar o domínio do direito judiciário e aumentar a criatividade dos juízes.⁹⁶

Cappelletti defende ainda que a “atividade de interpretação e realização dos direitos sociais implica, necessariamente, alto grau de criatividade”, já que os preceitos dos direitos fundamentais “são formulados em termos de valor: liberdade, dignidade, igualdade, democracia, justiça...”.⁹⁷ Assim, ele conclui:

Inevitavelmente, o tribunal investido da árdua tarefa de atuar a constituição é desafiado pelo dilema de dar conteúdo a tais enigmáticos e vagos preceitos, conceitos e valores (tarefa, claro, está altamente criativa), ou considerar como não vinculante justamente o núcleo central das constituições modernas, vale dizer, a parte dos textos constitucionais relativa à salvaguarda dos direitos fundamentais do homem em face do poder público.⁹⁸

⁹⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 21-22

⁹⁵ CAPPELLETTI, Mauro, *Ibidem*, p. 23-24

⁹⁶ CAPPELLETTI, Mauro, *Ibidem*, p. 62-66

⁹⁷ CAPPELLETTI, Mauro, *Ibidem*, p. 67

⁹⁸ CAPPELLETTI, Mauro, *Ibidem*, p. 68

Finalmente, Mauro Cappelletti indaga se a criatividade judiciária torna o juiz legislador, ou seja, se ao assumir um papel acentuadamente criativo, os juízes acabaram por invadir o âmbito do poder legislativo.⁹⁹

O autor refuta essa tese, argumentando que o processo legislativo e o judiciário diferem, e que, embora do ponto de vista substancial ambos resultem na criação do direito, isso ocorre de forma diferente em cada um deles. Assim, o autor afirma que os juízes criam o direito, mas que a legislação é apenas um modo de criá-lo, essencialmente diverso do judiciário.¹⁰⁰

Cappelletti argumenta que o princípio dispositivo, o respeito ao contraditório e a imparcialidade do juiz são as características essenciais que diferenciam o processo jurisdicional dos de natureza política, e que, ao mesmo tempo, constituem não só os limites fundamentais como também a grande e única força daquele processo.¹⁰¹ Observa, entretanto, que essas características são genéricas, podendo sua concretização variar a depender do lugar e da época.¹⁰²

Após apresentar os argumentos de sua tese, o constitucionalista italiano apresenta a seguinte conclusão:

a resposta dada neste ensaio à indagação de se a tarefa do juiz é interpretar ou criar o direito, posiciona-se no sentido de que o juiz, inevitavelmente, reúne em si uma e outra função, mesmo no caso – que constitui, quando muito, regra não sem muitas exceções – em que seja obrigado a aplicar lei preexistente. Nem poderia ser de outro modo, pois a interpretação sempre implica um certo grau de discricionariedade e escolha e, portanto, de criatividade, um grau que é particularmente elevado em alguns domínios, como a justiça constitucional e a proteção judiciária de direitos sociais e interesses difusos. (...) o verdadeiro perigo a prevenir não está, portanto, em que os juízes sejam criadores do direito e como tais se apresentem, mas que seja pervertida a característica formal essencial, isto é, o 'modo' do processo jurisdicional.¹⁰³

Do exposto em relação à tese de Mauro Cappelletti, percebe-se que o autor restringe-se ao estudo da atividade criativa dos magistrados em detrimento do poder legislativo, sustentando, basicamente, que toda interpretação envolve certo grau de discricionariedade e, por consequência, de criatividade. Dessa forma, ao interpretar, o juiz cria o direito, mas de maneira diversa daquela pela qual o poder legislativo

⁹⁹ CAPPELLETTI, Mauro, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 73

¹⁰⁰ CAPPELLETTI, Mauro, Ibidem. p. 74

¹⁰¹ CAPPELLETTI, Mauro, Ibidem, p. 76

¹⁰² CAPPELLETTI, Mauro, Ibidem, p. 80

¹⁰³ CAPPELLETTI, Mauro, Ibidem, p. 129-132

também o cria, já que, segundo ele, o processo legislativo e o processo judiciário não se confundem.

Embora “ativismo judicial” não seja a expressão escolhida por Mauro Cappelletti para descrever o fenômeno por ele denominado de “criatividade da função jurisdicional”, nota-se que o autor busca rechaçar a tese de que o poder judiciário, por meio da interpretação criativa, invade a esfera do poder legislativo, assumindo, dessa forma, a posição de legislador. Assim, impossível não vislumbrar a existência de ativismo judicial na situação descrita pelo constitucionalista italiano.

Inocência Mártires Coelho, ao discorrer a respeito do ativismo judicial, chega a afirmar categoricamente que “ativismo é, apenas, uma palavra nova com que se critica a velha criação judicial do direito”.¹⁰⁴ No entanto, é importante deixar claro que a expressão “ativismo judicial” não abarca somente as situações de interferência do Poder Judiciário na esfera de atuação do Poder Legislativo, já que o Poder Executivo também pode ser afetado.

Na mesma linha de Mauro Cappelletti, ao discorrer a respeito da hermenêutica jurídica, Inocência Mártires Coelho observa que “a criatividade do intérprete encontra soluções mais rápidas para os conflitos de interesse do que as sempre demoradas respostas do legislador”.¹⁰⁵

Inocência Mártires Coelho¹⁰⁶, entretanto, distingue o ativismo judicial da criação judicial do direito. Segundo seu entendimento, diversamente do ativismo judicial, a criação judicial do direito seria o exercício regular do poder-dever, que incumbe aos juízes, de transformar o direito legislado em direito interpretado/aplicado. O autor defende que o verdadeiro legislador não é a pessoa que por primeiro escreveu ou ditou quaisquer normas jurídicas, mas quem dispõe de autoridade absoluta para interpretá-las.

Coelho afirma que se tornou comum entre os juristas aceitar a jurisprudência como fonte imediata do direito. No âmbito legislativo, cita como exemplo do reconhecimento da força normativa dos precedentes judiciais o art. 557 do Código de Processo Civil, o qual atribui força de lei às interpretações judiciais consolidadas.

¹⁰⁴ COELHO, Inocência Mártires. *Ativismo judicial ou criação judicial do direito?* (Disponível em <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/ativismo-judicial-ou-criacao-judicial-do-direito>> Acessado 23 mar. 2011)

¹⁰⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires Coelho; BRANCO, GONET, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.79

¹⁰⁶ COELHO, Inocência Mártires. *Ativismo judicial ou criação judicial do direito?* (Disponível em <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/ativismo-judicial-ou-criacao-judicial-do-direito>> Acessado 23 mar. 2011)

Ao tratar das súmulas vinculantes, Inocêncio Coelho afirma que, apesar de o art. 103-A da CF não ter efeito vinculante em relação ao Poder Legislativo, o que se verifica é que o parlamento acaba sofrendo efeitos desses enunciados interpretativos, já que, “sendo atos jurídicos válidos, que ingressam no nosso ordenamento pela via judicial, dele só poderão ser retirados, em caráter definitivo, por decisão da própria corte que editou, no caso, o STF”.

Por fim, o constitucionalista afirma que “não se pode exigir que o Judiciário, pelo receio de parecer ativista, se furte de dar a cada um o que é seu, de preferência *secundum legem* ou *praeter legem*, mas, se necessário, até mesmo *contra legem*, quando a lei se mostrar contrária ao direito”.¹⁰⁷

Assim, adotando uma posição claramente favorável ao ativismo judicial, ele conclui:

(...) não temos receio em dizer que aquilo que se chama, criticamente, de ativismo judicial não configura nenhum extravasamento de juízes e tribunais no exercício de suas atribuições, antes, traduz a sua indispensável e assumida participação na tarefa de construir o direito de mãos dadas com o legislador, acelerando-lhe os passos, quando necessário, porque assim o exige um mundo que se tornou complexo demais para reger-se por fórmulas políticas acanhadas e ultrapassadas.¹⁰⁸

Luiz Flávio Gomes, por sua vez, defende a existência de duas espécies de ativismo judicial, quais sejam, o ativismo judicial inovador e o ativismo judicial revelador. Segundo o autor, a primeira espécie do fenômeno é aquela em que o juiz simplesmente cria uma norma, um direito. A segunda espécie, no entanto, implica a criação pelo juiz de uma norma a partir dos valores e princípios constitucionais ou de uma regra lacunosa.

Neste último caso o juiz chega a inovar o ordenamento jurídico, mas não no sentido de criar uma norma nova, mas sim no sentido de complementar o entendimento de um princípio ou de um valor constitucional ou de uma regra lacunosa.¹⁰⁹

¹⁰⁷ COELHO, Inocêncio Mártires. *Ativismo judicial ou criação judicial do direito?* (Disponível em <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/ativismo-judicial-ou-criacao-judicial-do-direito>> Acessado 23 mar.2011)

¹⁰⁸ COELHO, Inocêncio Mártires. *Ativismo judicial ou criação judicial do direito?* (Disponível em <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/ativismo-judicial-ou-criacao-judicial-do-direito>> Acessado 23 mar. 2011)

¹⁰⁹ GOMES, Luiz Flávio. *O STF está assumindo um "ativismo judicial" sem precedentes?*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 16 out. 2009. (Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.25162>> Acesso em: 12 abr. 2011).

Diante das duas espécies de ativismo judicial apresentadas pelo autor, somente a segunda, ou seja, o ativismo judicial revelador poderia ser aceito pelo ordenamento jurídico, uma vez que supostamente não desrespeitaria o princípio da separação dos poderes.

Exaltando o sucesso do constitucionalismo, que tem como base o Estado de Direito e, por conseguinte, o princípio da separação dos Poderes, Elival da Silva Ramos menciona que as Constituições sempre indicam quais são os órgãos titulados do poder estatal, mas nem sempre expressam as funções que lhes compete exercer. Enfatiza, ainda, que “sempre haverá um núcleo essencial da função que não é passível de ser exercido senão pelo Poder competente”.¹¹⁰

Assim, a partir de uma visão mais ampla do fenômeno, o autor afirma que o ativismo judicial ultrapassa os limites da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas também da função administrativa e, até mesmo, da função de governo.¹¹¹ Logo, o ativismo judicial seria a “descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes”.¹¹²

Finalmente, o autor apresenta o seu conceito de ativismo judicial:

(...) por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há, como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes. Não se pode deixar de registrar mais uma vez, contudo, que o fenômeno golpeia mais fortemente o Poder Legislativo, o qual tanto pode ter o produto da legiferação irregularmente invalidado por decisões ativistas (em sede de controle de constitucionalidade), quanto o seu espaço de conformação normativa invadido por decisões excessivamente criativas.

¹¹³

Dos conceitos acima colacionados, nota-se que o elaborado por Elival da Silva Ramos é o único que procura demonstrar que o ativismo judicial, embora seja

¹¹⁰ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial – parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 116

¹¹¹ RAMOS, Elival da Silva, *Ibidem*, p. 116

¹¹² RAMOS, Elival da Silva, *Ibidem*, p. 117

¹¹³ RAMOS, Elival da Silva, *Ibidem*, p. 129

um fenômeno que afeta com mais frequência o Poder Legislativo, pode atingir todos os demais Poderes do Estado.

Corroborando esse entendimento, Luís Roberto Barroso leciona que o ativismo judicial pode se manifestar por meio de diferentes comportamentos, quais sejam:

(i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente da manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislativo, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder público, notadamente em matéria de políticas públicas.¹¹⁴

Dessa forma, verifica-se que na terceira hipótese apontada pelo autor é o Executivo o Poder afetado, o que evidencia que o ativismo judicial pode atingir diretamente outro poder que não o Legislativo.

O Ativismo Judicial, portanto, apresenta diversas formas de manifestação. Entretanto, a interferência do Poder Judiciário na esfera de competência dos demais Poderes do Estado é certamente aquela que tem ganhado mais destaque nos últimos anos, demonstrando a inobservância ao princípio da separação dos poderes do Estado.

3.1.3 Ativismo judicial e judicialização

Luís Roberto Barroso se propõe a apresentar as diferenças existentes entre ativismo judicial e judicialização, afirmando que esta significa que “algumas questões de grande repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e Poder Executivo”.¹¹⁵ Ocorre, assim, a transferência de poder para juízes e tribunais.

Para Barroso esse fenômeno tem as seguintes causas:

¹¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. (Disponível em <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 23 mar. 2011)

¹¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. (Disponível em <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>, Acesso em 23 mar. 2011)

1ª) a redemocratização do país, que teve como ápice a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a consequente recuperação das garantias da magistratura. A somatória desses fatores fez com que o Judiciário se tornasse um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros poderes. A redemocratização, portanto, além de tornar o Judiciário mais forte, proporcionou a expansão desse Poder e um aumento na demanda por justiça na sociedade brasileira.

2ª) a “constitucionalização abrangente”, que trouxe para a Constituição muitas matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária. Quando uma questão é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma em uma pretensão jurídica, podendo, dessa forma, ser pleiteada judicialmente.

3ª) o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, que combina o controle incidental e difuso (sistema americano) com o controle por ação direta (sistema europeu). A adoção desse sistema híbrido permite que quase toda questão política relevante seja analisada e decidida pelo STF, como por exemplo, políticas governamentais, relações entre poderes e direitos fundamentais.

Barroso ressalta que nessas decisões o STF é provocado a se manifestar e o faz dentro dos limites dos pedidos formulados, não existindo a opção de conhecer ou não das ações, de pronunciar ou não sobre o mérito, quando preenchidos os requisitos de cabimento. Assim, ele afirma que os Ministros do STF, nesses casos, apenas cumprem o seu papel constitucional. Assim, a judicialização é um fato que tem como origem o modelo constitucional escolhido, não se tratando, portanto, de um exercício deliberado de vontades políticas.

O autor sustenta que o ativismo judicial, diversamente da judicialização, não decorre do modelo constitucional adotado, configurando, na verdade, a opção por uma forma interpretativa da Constituição:

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

intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.¹¹⁶

A partir das especificidades assinaladas por Luís Roberto Barroso, pode-se concluir que a Judicialização significa que decisões, que a princípio são de competência de outros Poderes, passam a ser tomadas pelo Poder Judiciário. Isso porque as condições políticas, econômicas e sociais impulsionam e proporcionam essa transferência. Em outras palavras, a judicialização nada mais é do que a transformação de alguma coisa em processo judicial.

No ativismo judicial, por sua vez, os juízes e tribunais optam por um determinado comportamento que resulta em decisões de concretização de direitos e valores que interferem na esfera de competência dos demais poderes. Assim, “o ativismo judicial está ligado a uma atuação mais intensa e vasta do Judiciário na interpretação da Constituição, ocasionando maior interferência nos demais Poderes”.¹¹⁷

Contrariamente a esse entendimento, Luiz Flávio Gomes sustenta que ativismo judicial não pode ser entendido como o dever do juiz de interpretar a Constituição no sentido de garantir direitos. Segundo seu entendimento, se “a Constituição prevê um determinado direito, e ela é interpretada no sentido de que esse direito seja garantido”, isso não é ativismo judicial, mas sim judicialização do direito considerado.¹¹⁸

Luiz Flávio Gomes alega que a judicialização e o ativismo judicial são fenômenos que não se confundem. Ele assevera que a “judicialização nada mais expressa que o acesso ao judiciário, que é permitido a todos, contra qualquer tipo de lesão ou ameaça a um direito. É fenômeno que decorre do nosso modelo de Estado de direito”. O ativismo judicial, por outro lado

retrataria uma espécie de intromissão indevida do Judiciário na função legislativa, ou seja, ocorre o ativismo judicial quando o juiz cria uma norma

¹¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. (Disponível em <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>, Acesso em 23 mar. 2011)

¹¹⁷ MARTIGNAGO, Gisela. *Controle de constitucionalidade e ativismo judicial*. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. (Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=9511>, Acesso em: 12 abr. 2011)

¹¹⁸ GOMES, Luiz Flávio. *O STF está assumindo um "ativismo judicial" sem precedentes?*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 16 out. 2009. (Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.25162>> Acesso em: 12 abr. 2011).

nova, usurpando a tarefa do legislador, quando o juiz inventa uma norma não contemplada nem na lei, nem dos tratados, nem na Constituição.¹¹⁹

Nota-se que, para Luiz Flávio Gomes, a judicialização é tida como um fenômeno positivo e natural, decorrente do Estado de direito (e não do modelo constitucional adotado). Quanto ao ativismo judicial, o referido autor apresenta um conceito, por assim dizer, mais agressivo, demonstrando certa aversão ao fenômeno, por entendê-lo pernicioso ao princípio da separação dos poderes e ao ordenamento jurídico como um todo.

Ademais, pelo conceito de ativismo judicial apresentado por Luiz Flávio Gomes, mais uma vez se indica a falsa idéia de que o ativismo judicial se resume a conduta do juiz que cria uma norma em detrimento da função legislativa, quando se sabe que na realidade, o fenômeno não se restringe a isso e, apesar de atingir de forma mais acentuada o Poder Legislativo, pode muito bem alcançar o Poder Executivo.

Embora os argumentos apresentados pelos autores não sigam a mesma linha de raciocínio, não há como negar as diferenças existentes entre os fenômenos da judicialização e do ativismo judicial. Frise-se, entretanto, que essa diferença pode ser sutil e, por vezes, difícil de ser visualizada na prática.

As causas apontadas por Barroso para a judicialização podem, perfeitamente, ser indicadas como motivos que propiciam atitudes ativistas. Ademais, no caso da judicialização, mesmo não havendo a opção de conhecer ou não das ações, de pronunciar ou não sobre o mérito, quando preenchidos os requisitos de cabimento, o magistrado poderá interpretar a constituição de uma forma proativa, sendo ilógico sustentar que nesse caso não estará agindo de forma ativista.

Dessa forma, a importância de diferenciar os dois fenômenos é inquestionável. No entanto, são necessários mais do que bons argumentos para demonstrar que, de fato, o ativismo judicial e a judicialização são fenômenos com causas e características tão diferentes.

¹¹⁹GOMES, Luiz Flávio. *O STF está assumindo um "ativismo judicial" sem precedentes?*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 16 out. 2009. (Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.25162>> Acesso em: 12 abr. 2011).

3.1.4 Ativismo judicial e autocontenção

Luís Roberto Barroso leciona que a autocontenção judicial é o oposto do ativismo judicial¹²⁰, já que configura a conduta pela qual o judiciário procura diminuir sua ingerência nas ações dos outros Poderes.

Barroso explica que a principal diferença entre o ativismo judicial e a autocontenção está no fato de que, enquanto “o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem contudo invadir o campo da criação livre do Direito”, a autocontenção “restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas”.¹²¹

A autocontenção expressa um limite da atuação do Poder Judiciário, que procura se limitar à tarefa de interpretar a Constituição. Observa-se, desse modo, que, ao adotarem uma conduta de autocontenção, juízes e tribunais mostram uma certa passividade diante dos problemas que lhes são apresentados.

O ativismo judicial, ao menos no Brasil, frequentemente sugere uma atitude negativa dos juízes e tribunais. Em consequência, a autocontenção, fenômeno oposto ao ativismo, deveria indicar uma atitude positiva. Resta, entretanto, saber se esse raciocínio tem uma conclusão válida.

Qual é a posição mais adequada? A do juiz ou tribunal que se limita a interpretar a constituição, deixando muitas vezes de implementar e dar efetividade a valores e direitos fundamentais, por entender que, dessa forma, está respeitando o princípio da separação dos poderes, bem como deixando de adentrar no mérito de questões políticas? Ou a do magistrado que, procurando otimizar o exercício de interpretação da constituição, o faz de maneira mais intensa, retirando dela a solução para os problemas que lhes são apresentados, mas interferindo, de alguma forma, na competência dos demais poderes? Essa questão está longe de obter uma resposta exata.

Resta, por hora, apresentar o raciocínio de Elival da Silva Ramos: “a expressão ativismo judicial possui uma carga valorativa positiva ou negativa,

¹²⁰ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. (Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em 23 mar. 2011)

¹²¹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. (Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 23 mar. 2011)

dependendo do enfoque teórico de quem realiza a avaliação das decisões judiciais”.

122

3.1.5 Ativismo Judicial no âmbito da Jurisdição Constitucional

Diante das especificidades já apontadas em relação à atividade de interpretação e aplicação da Constituição, é importante frisar que o ativismo judicial na seara constitucional difere daquele desenvolvido no âmbito do direito infraconstitucional.

Inocência Mártires Coelho defende a idéia de que não há limites para o desenvolvimento da criatividade do intérprete no âmbito da jurisdição constitucional. O autor justifica sua tese afirmando que as Cortes Constitucionais, além de não pertencerem a nenhum dos três Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), desenvolvem atividade que abarca, fundamentalmente, enunciados abertos, indeterminados e plurisignificativos.¹²³

Ao desenvolverem a atividade de interpretação e aplicação da constituição, levando em conta essa abertura normativa, os tribunais constitucionais têm uma liberdade criatividade infinita para dar concretude às normas, configurando-se, dessa forma, o ativismo judicial no âmbito constitucional.

Elival da Silva Ramos também faz ponderações a respeito do ativismo judicial em matéria constitucional, sustentando que esse não se restringe ao controle de constitucionalidade, podendo ocorrer em qualquer situação que envolva a aplicação da Constituição.¹²⁴

Entretanto, o autor ressalva que o ativismo judicial é maior em sede de controle de constitucionalidade, já que, segundo ele, o grau de criatividade de juízes e tribunais nessa atividade é consideravelmente mais amplo “do que aquele de que desfrutam ao aplicar a Constituição a situações fáticas de caráter não normativo ou, em sede de jurisdição comum, ao aplicarem o direito infraconstitucional”.¹²⁵

¹²² RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial* – parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 133

¹²³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires Coelho; Branco, GONET, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 80

¹²⁴ RAMOS, op. Cit., p. 140

¹²⁵ RAMOS, Elival da Silva, *Ibidem*, p. 198

Elival Ramos defende que, ao atuar de forma ativista, o órgão judiciário distorce, de alguma forma, o sentido do dispositivo constitucional e, conseqüentemente, altera aquilo que foi estabelecido pelo Poder Constituinte originário, ocasionando uma verdadeira mutação inconstitucional.¹²⁶

É de ressaltar, portanto, que o ativismo judicial em sede de controle de constitucionalidade pode agredir o direito vigente sob dois prismas: pela deformação da normatividade constitucional e pela deformação, simultaneamente ou não, do direito infraconstitucional objeto de fiscalização, nessa última alternativa mediante, por exemplo, a indevida declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de dispositivo legal ou de variante exegética a partir dele construída.¹²⁷

Nota-se que o autor pretende demonstrar que o ativismo judicial no âmbito constitucional pode resultar em uma prática grave, principalmente em sede de controle de constitucionalidade. Além de deturpar o sentido da norma constitucional interpretada, a conduta ativista também pode refletir no direito infraconstitucional, quando, por exemplo, declara constitucional ou inconstitucional um dispositivo legal com base nessa interpretação.

No âmbito do direito infraconstitucional, o ativismo judicial poderá, no máximo, prejudicar, ou até beneficiar, as pessoas envolvidas naquele caso concreto. Entretanto, havendo a declaração de uma lei constitucional ou inconstitucional com base em uma interpretação claramente ativista, as conseqüências, para o bem ou para o mal, terão dimensões muito maiores.

No caso, por exemplo, de indevida declaração de inconstitucionalidade de um dispositivo legal com fundamento em uma interpretação proativa, a Corte Suprema declara nulo o dispositivo legal elaborado por meio de um processo legislativo e, dessa forma, interfere na atuação de outro Poder do Estado, o Legislativo, desrespeitando o princípio da separação dos poderes. Ademais, a declaração indevida, além de tornar nula a lei criada pelo Poder Legislativo, afetará todas as situações constituídas sob a vigência do dispositivo objeto de fiscalização.

Elival Ramos elenca algumas práticas em que entende haver uma maior aproximação entre a jurisdição constitucional e a atividade legislativa. São elas: a modulação dos efeitos temporais das decisões de controle e a manipulação do conteúdo normativo do ato controlado.

¹²⁶ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial* – parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010. p.

141

¹²⁷ RAMOS, Elival da Silva, *Ibidem*, p. 141-142

3.1.5.1 Modulação dos efeitos temporais das decisões de controle

São dois os principais entendimentos em relação à natureza jurídica da decisão que declara uma lei inconstitucional. O primeiro deles é no sentido de que a decisão é meramente declaratória, já que ela apenas reconhece um vício pré existente da norma, que a tornou nula *ab initio*. Dessa forma, a decisão pela inconstitucionalidade retroage à origem da norma, ou ainda, ao início de sua inconstitucionalidade, atribuindo-se à decisão *efeito ex tunc*. Esse é o entendimento adotado pela Teoria da Nulidade, que tem origem norte-americana e é a teoria mais aceita pela doutrina e jurisprudência brasileiras.

O segundo entendimento é o de que a decisão de inconstitucionalidade da lei tem natureza constitutiva, já que constitui uma situação nova, qual seja, a de incompatibilidade da lei com a Constituição. Logo, a lei não é declarada nula, sendo, na verdade, anulada. Além disso, todos os reflexos dela decorrente passam a não ter efeito a partir do momento da publicação da decisão de anulação, operando-se, portanto, o efeito *ex nunc*. Essa é a tese da Teoria da Anulabilidade, desenvolvida por Kelsen e aplicada pelo Sistema Austríaco de Controle de Constitucionalidade.

Consoante foi apontado, a doutrina e a jurisprudência dominantes em nosso país adotam a teoria da nulidade. Entretanto, diante da necessidade de se mitigar os efeitos decorrentes da declaração de inconstitucionalidade do ato normativo, que retroage ao nascimento da lei, essa teoria não tem sido adotada de forma absoluta.

Assim, foi desenvolvida a técnica da modulação temporal dos efeitos das decisões judiciais, a qual procura mitigar a rigidez da teoria da nulidade no que diz respeito aos efeitos de suas decisões no tempo.

Com a modulação dos efeitos das decisões judiciais, foi necessário mesclar elementos da teoria da nulidade e da teoria da anulabilidade, solucionando, assim, alguns problemas surgidos com a aplicação absoluta de uma ou outra teoria.

Em sede de controle de constitucionalidade, essa técnica foi legalizada com o advento da Lei 9.868/99, que rege as ações diretas de inconstitucionalidade e constitucionalidade, dispondo da seguinte forma em seu art. 27:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só

tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

O artigo em comento permite que o STF, em sede de controle concentrado, possa relativizar os efeitos retroativos da declaração de inconstitucionalidade, permitindo desde a retroação dos efeitos até a não-retroação ou a fixação de uma data futura.

Entretanto, cumpre observar que a faculdade dada ao STF constitui uma exceção à regra geral da retroação da eficácia da decisão que declara a inconstitucionalidade da lei, motivo pelo qual é exigido um quorum qualificado para a aplicação desse procedimento. Invoca-se, ademais, o princípio da segurança jurídica para a aplicação do dispositivo, princípio esse com alta carga valorativa que poderá receber interpretações das mais diversas com o intuito de possibilitar a aplicação do artigo em comento.

Importante salientar que a jurisprudência e a doutrina têm aplicado a regra geral contida no art. 27 da Lei 9868/99, por analogia, ao controle difuso, invocando para isso, principalmente, o princípio da segurança jurídica.

O art. 27 da Lei 9868/99 não inovou no que diz respeito à atribuição de efeitos *ex nunc* às decisões judiciais, somente concretizou o posicionamento jurisprudencial do STF. O STF tem respaldo legal para manipular a eficácia temporal das decisões de controle de constitucionalidade, entretanto, é importante enfatizar mais uma vez que a medida prevista no art. 27 é excepcional e, como tal, deve ser utilizada.

Elival da Silva Ramos garante que na manipulação da eficácia temporal das decisões de controle não há nenhuma manifestação de ativismo judicial. Isso porque a modulação dos efeitos é uma técnica prevista no estatuto jurídico do controle de constitucionalidade, da qual o órgão judiciário pode fazer uso, estando em perfeita sintonia com o ordenamento positivo.¹²⁸

Todavia, o permissivo legal da modulação dos efeitos das decisões de controle somente deve ser utilizado depois de feita a análise criteriosa das situações concretas constituídas ou que irão se constituir em decorrência da aplicação da legislação questionada. O art. 27 da Lei 9868/99 não pode ser aplicado para o amparo de uma única situação discutida em contencioso subjetivo. Ademais é

¹²⁸ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial – parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 202

necessária muita cautela ao se invocar o princípio da segurança jurídica para a aplicação do dispositivo, haja vista sua indeterminabilidade e alta carga valorativa.

3.1.5.2 Manipulação do conteúdo normativo do ato controlado

Para explicar a suposta aproximação entre atividade legislativa e “manipulação do conteúdo normativo do ato controlado”, Elival da Silva Ramos ensina que as decisões manipulativas são decisões de controle que implicam, de alguma forma, a intervenção sobre o conteúdo normativo dos dispositivos legais fiscalizados, impondo “aos operadores e destinatários do sistema jurídico determinadas variantes interpretativas ou efeitos, em detrimento de outros que deles também se poderiam extrair”.¹²⁹

Segundo o autor, as decisões manipulativas podem ser subdivididas em duas categorias: as sentenças interpretativas e as manipulativas em sentido estrito. As sentenças manipulativas em sentido estrito, por sua vez, podem ser aditivas, substitutivas e de rejeição. Entretanto, dentre as espécies de sentenças mencionadas, a aditiva é a que apresenta maior interesse para o presente trabalho, e, portanto, somente ela será objeto de análise.

Conforme já mencionado, Elival Ramos leciona que as sentenças aditivas configuram decisões manipulativas em sentido estrito. As sentenças aditivas são decisões de acolhimento, ou seja, nela se declara a inconstitucionalidade da norma, sem a redução do texto de seu enunciado.

(...) as sentenças aditivas se estruturam sobre dois componentes: um, que se pode denominar de *ablativo*, que corresponde à eliminação da parte inconstitucional de um enunciado normativo, e outro, por assim dizer, *reconstrutivo* ou *adjuntivo*, ‘que consiste na identificação de um critério jurídico de decisão passível de ser junto a uma norma ou ao segmento remanescente de um regime normativo, de forma a que sejam criadas condições de conformidade do sentido recomposto da disposição normativa com a Constituição.’¹³⁰

Elival Ramos acrescenta que nas sentenças aditivas a Corte não extingue o dispositivo do ordenamento, “ao contrário, o integra com uma normatização ulterior,

¹²⁹ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial* – parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 209

¹³⁰ RAMOS, Elival da Silva, *Ibidem*, p. 217-218

havendo inconstitucionalidade apenas se o enunciado for lido sem a parte adjuntiva”.

131

Ao tratar do tema, Edson Pereira Nobre Junior conceitua a sentença aditiva da seguinte maneira:

Essas são consideradas as decisões que, num questionamento sobre a constitucionalidade de ato normativo, acolhe a impugnação, sem invalidá-lo. Em vez de aportar-se na drástica eliminação da norma jurídica, esta é mantida com o adicionamento ao seu conteúdo de uma regulamentação que faltava para lastrear a concordância daquela à Constituição. Nessas decisões, a estrutura literal da norma continua inalterada, mas o órgão de jurisdição constitucional, criativamente, acrescenta a ela componente normativo, vital pra que seja preservada sua conciliação com a Constituição.¹³²

Nobre Junior observa que a sentença aditiva não se confunde com as sentenças substitutivas ou manipuladoras. Para ele, as denominadas sentenças substitutivas ou manipuladoras são aquelas em que o tribunal não se restringe a preencher uma omissão, mas sim modifica, de maneira explícita, o preceito impugnado. Assim, enquanto nas sentenças aditivas “a Corte declara a ilegitimidade duma disposição legislativa na parte em que prevê X ao invés de Y”, nas de substituição “a Corte substitui uma locução da disposição, incompatível com a Constituição, com outra, constitucionalmente correta”.¹³³

O citado autor ressalta ainda que existe uma preocupação doutrinária quanto aos limites e efeitos da sentença aditiva. Um problema levantado é a respeito da invasão do juiz no campo do legislador. O autor rechaça essa tese, apresentando os seguintes argumentos:

Por isso, não há que se equiparar tal atividade à legislação. O complemento introduzido pelas decisões em exame, além de efeito indireto da declaração de inconstitucionalidade, não deriva de pura imaginação da Corte Constitucional, mas de integração analógica resultante de outras normas ou princípios constitucionais, cuja descoberta advém do engenho daquela.¹³⁴

¹³¹ RAMOS, Elival da Silva, *Ibidem*, p. 219

¹³² NOBRE JUNIOR, Edson Pereira. Sentenças aditivas e o mito do legislador negativo, *in Revista de Informação Legislativa*, a.43, n.170, abr/jun. 2006, p. 121

¹³³ NOBRE JUNIOR, Edson Pereira. Sentenças aditivas e o mito do legislador negativo, *in Revista de Informação Legislativa*, a.43, n.170, abr/jun. 2006, p. 121-122

¹³⁴ NOBRE JUNIOR, Edson Pereira. Sentenças aditivas e o mito do legislador negativo, *in Revista de Informação Legislativa*, a.43, n.170, abr/jun. 2006. p. 124

Na mesma linha, Elival Ramos sustenta que, ao fazer uso de sentenças manipulativas com efeitos aditivos, o órgão de controle não extrapola suas funções jurisdicionais. Para ele, essa modalidade decisória apenas adota interpretação extensiva do dispositivo impugnado, a partir de uma perspectiva sistêmica, mediante operação concretizadora.¹³⁵

Corroborando ainda esse entendimento, Crisafulli afirma que, por meio das sentenças aditivas, a Corte Constitucional não cria livremente norma jurídica como faz o legislador. A Corte limita-se, na verdade, a individualizar a norma jurídica que, presente no ordenamento, ou suscetível de extração dos princípios constitucionais, é capaz de preencher a lacuna que resulta da imissão reconhecida pela decisão.¹³⁶

Outro problema apontado por Edson Nobre Junior refere-se à constante invocação do juiz constitucional como mero legislador negativo. Segundo o autor, ao desenvolver a teoria a respeito do tribunal constitucional em 1929, sustentando que o magistrado só poderia atuar negativamente, Kelsen não tinha condições de prever a dimensão do desenvolvimento a ser alcançado pela atividade dos juízes.

Edson Nobre Junior acrescenta que, no interregno entre as duas Guerras Mundiais, havia uma forte hostilidade na Europa à implementação da jurisdição constitucional, mesmo com funções de legislador negativo. Assim, diante dessa realidade, dificilmente Kelsen poderia cogitar de qualquer atividade criativa pelo tribunal constitucional.¹³⁷

Entretanto, Nobre Junior é categórico ao afirmar que todas essas dificuldades não impediram o “desenvolvimento da missão das cortes constitucionais, levado a cabo com o propósito de contribuir para a concretização dos direitos fundamentais”.

Apesar de entender ser possível a atividade criativa do tribunal constitucional por meio de sentenças aditivas, Edson Nobre Junior observa que existem limites para a admissibilidade da sentença aditiva. O autor alega que esta não poderá ser utilizada em situações em que se apresenta a exigibilidade do monopólio de atuação do Poder Legislativo.¹³⁸

¹³⁵ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial – parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 219

¹³⁶ CRISAFULLI, V. *Comentário breve alla Costituzione*. Pádua: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1990, p. 802

¹³⁷ NOBRE JUNIOR, Edson Pereira. Sentenças aditivas e o mito do legislador negativo, *in Revista de Informação Legislativa*, a.43, n.170, abr/jun. 2006. p. 125/126

¹³⁸ NOBRE JUNIOR, Edson Pereira. Sentenças aditivas e o mito do legislador negativo, *in Revista de Informação Legislativa*, a.43, n.170, abr/jun. 2006. p. 127

Nessa mesma linha, Elival Ramos adverte que, para que a sentença manipulativa aditiva respeite o ordenamento positivo e não acabe em ativismo judicial, o princípio ou norma constitucional especificamente justificante deve gozar de plenitude eficaz e deve contar com uma textualidade que a ela dê suporte, vale dizer, que não coloque fora de seu espaço de interpretação.¹³⁹

Diante do aparato argumentativo apresentado, nota-se uma forte tendência doutrinária em aceitar a sentença aditiva, já que esta nada mais é do que uma forma de interpretação extensiva do dispositivo fiscalizado em sede de controle de constitucionalidade, que, por meio de uma visão sistêmica do ordenamento jurídico, procura otimizar a concretização das normas que se encontram em desarmonia com a Constituição Federal.

3.1.6 Objeções ao ativismo judicial

Luís Roberto Barroso aponta algumas objeções à judicialização e, principalmente, ao ativismo judicial no Brasil¹⁴⁰: os riscos para a legitimidade democrática, o risco de politização da justiça, e a falta de capacidade institucional do judiciário para decidir em determinadas áreas.

3.1.6.1 Riscos à legitimidade democrática:

Os juízes, desembargadores e ministros, ao contrário dos vereadores municipais, dos deputados estaduais e federais, dos senadores e do próprio Presidente da República, não disputam eleições para ocupar seus cargos. Ocorre que muitas vezes, sobretudo quando atuam de maneira ativista, os citados membros do Poder Judiciário proferem decisões que se sobrepõem às decisões dos agentes públicos que foram eleitos. Diante desse fato, há quem entenda que a judicialização e o ativismo judicial podem ser um risco à legitimidade democrática, já que a vontade do povo, manifestada por seus representantes democraticamente eleitos, é preterida.

¹³⁹ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial – parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 219-220

¹⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, (Disponível em: < <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>, Acesso em 23 mar. 2011)

Mauro Cappelletti considera que o caráter não-majoritário e, portanto, antidemocrático, é a mais grave objeção à criação jurisdicional do direito. Esse seria um impedimento absoluto para a criação jurisdicional nos países que preservam seu caráter democrático. Contudo, Cappelletti rechaça essa tese por meio de cinco argumentos.¹⁴¹

1) as ciências políticas têm demonstrado que a liderança legislativa e executiva nunca constitui, diferentemente da judiciária, perfeito paradigma de democracia representativa. Muitas vezes o Poder Legislativo não manifesta a vontade da maioria, mas sim os anseios de grupos com interesses políticos diversos.

2) o poder judiciário não é inteiramente privado de representatividade, tendo em vista a criação, em número crescente de países da *civil law*, de tribunais constitucionais, cujos juízes em grande parte são nomeados politicamente.

3) os tribunais podem dar importante contribuição à representatividade geral do sistema, pois podem permitir o acesso ao processo judicial e, assim, dar proteção a grupos que não têm condições de ingresso no processo político.

4) o processo jurisdicional é o mais participatório de todos os processos da atividade pública:

em conclusão e síntese deste quarto argumento, pode-se dizer, portanto, que, embora a profissão ou a carreira dos juízes possa ser isolada da realidade da vida social, a sua função os constrange, todavia, dia após dia, a se inclinar sobre essa realidade, pois chamados a decidir casos envolvendo pessoas reais, fatos concretos, problemas atuais da vida. Neste sentido, pelo menos, a produção judiciária do direito tem a potencialidade de ser altamente democrática, vizinha e sensível às necessidades da população e às aspirações sociais.¹⁴²

5) a noção de democracia não pode ser reduzida a uma simples idéia majoritária, visto que democracia significa também a participação, tolerância e liberdade.

Ao tratar acerca dos riscos para a legitimidade democrática, Luís Roberto Barroso enfatiza que, embora os membros do Poder Judiciário não sejam agentes públicos eleitos, eles desempenham um poder político, inclusive o de invalidar atos dos outros dois Poderes.

¹⁴¹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. pp. 92-107

¹⁴² CAPPELLETTI, Mauro, *Ibidem*, p. 105

Prevalece a idéia de que os magistrados não têm vontade política própria porque apenas aplicam a lei de forma mecânica. Deve-se, porém, ter em mente que esse raciocínio não é absolutamente correto. No processo de interpretação de expressões vagas e indeterminadas, por exemplo, muitas vezes os juízes acabam participando do processo de criação do direito.

Barroso leciona que a expressão “Estado constitucional democrático” significa que os poderes são limitados (princípio da separação dos poderes), os direitos fundamentais respeitados, sendo a vontade da maioria que fundamenta o poder. Democracia não se limita ao princípio majoritário. A Constituição, por vezes, protege valores e direitos fundamentais mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos.

É de extrema importância a discussão a respeito da legitimidade democrática no ativismo judicial, já que cada dia mais o Poder Judiciário tem prolatado decisões referentes a políticas públicas, as quais seriam, a princípio, de implementação do Poder Legislativo ou do Poder Executivo. Observa-se que esse fenômeno não ocorre somente no STF, mas sim no Judiciário como um todo.

Os argumentos apresentados por Luís Roberto Barroso e Mauro Cappelletti deixam claro que o ativismo judicial não apresenta riscos à legitimidade democrática. Ratificando esse entendimento e enfatizando a importância do ativismo judicial para a democracia, Gilmar Mendes, Ministro do STF, dispõe:

Muitas vezes temos a tendência de criticar a atividade política e dizer que ela é muito lenta. É muito lenta porque é complexa. É difícil produzir o consenso. Mas quando perde um critério de razoabilidade, muito provavelmente vamos ser demandados e o Tribunal poderá se pronunciar.¹⁴³

Avesso aos entendimentos até então expostos, Luiz Flávio Gomes defende que todo ativismo judicial incorre no risco de o Poder Judiciário perder sua legitimidade democrática, que é indireta.

As decisões dos juízes são democráticas na medida em que seguem (nas decisões judiciais) aquilo que foi aprovado pelo legislador. Sempre que o Poder Judiciário inova o ordenamento jurídico, criando regras antes

¹⁴³ ERDERLYI, Maria Fernanda. *Gilmar Mendes rebate críticas ao ativismo judicial do STF em matéria política* (Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-abr-24/gilmar_rebate_criticas_ativismo_stf_materia_politica> Acesso em: 12 abr. 2011)

desconhecidas, invade a tarefa do legislador, ou seja, se intromete indevidamente na função legislativa.¹⁴⁴

É imposição do regime democrático a observância das leis pelo Poder Judiciário, vez que essas foram elaboradas de acordo com o procedimento constitucionalmente previsto, que representa a vontade da maioria dos membros da sociedade. Entretanto, com o intuito de proteger os direitos fundamentais e a própria democracia, em algumas ocasiões, como bem ressaltou Barroso, o Poder Judiciário profere decisões que não estão de acordo com a vontade da maioria, sem que isso implique a violação da legitimidade democrática. Assim:

a jurisdição constitucional bem exercida é antes uma garantia para a democracia do que um risco. Impõe-se, todavia, uma observação final. A importância da Constituição – e do Judiciário como seu intérprete maior – não pode suprimir, por evidente, a política, o governo da maioria, nem o papel do Legislativo.¹⁴⁵

3.1.6.2 Risco de politização da justiça

Teoricamente, é vedado ao Poder Judiciário adentrar em questões que envolvam, essencialmente, assuntos políticos. Isso porque os magistrados, intérpretes das normas jurídicas, devem interpretá-las de forma neutra, sem conceitos formados e ideologias. Assim, sustenta-se que trazer para o âmbito do Judiciário problemas que envolvam temas políticos ocasiona o risco de politização da justiça.

Quanto ao risco de politização da Justiça, Barroso afirma que o Direito é política e, por conseguinte, a interpretação da Constituição sempre terá uma dimensão política. Todavia, ele ressalta que o Direito não é política no sentido de admitir escolhas livres, tendenciosas ou partidarizadas. Uma decisão judicial jamais será política no sentido de livre escolha, de discricionariedade plena.

¹⁴⁴ GOMES, Luiz Flávio. *O STF está assumindo um "ativismo judicial" sem precedentes?*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 16 out. 2009. (Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.25162>>. Acesso em: 12 abr. 2011).

¹⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, (Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em 23 mar. 2011)

Os juizes não podem ser populistas e, em certos casos, terão de atuar de modo contra-majoritário. Uma corte constitucional não pode ignorar as consequências políticas de suas decisões.

É fato que a Constituição Federal de 1988 abarca um amplo leque de direitos fundamentais, cuja implementação, frequentemente, é feita por meio de políticas públicas. Sabe-se, ademais, que a Carta Magna é composta quase que exclusivamente por normas constitucionais abertas, dotadas de enunciados vagos e imprecisos, que demandam um exercício hermenêutico profundo para que seus significados sejam aclarados.

Dessa forma, impossível alegar que, ao interpretar uma norma constitucional ou proferir uma decisão, os juizes, seres humanos como todos os demais, dotados de ideologias e desejos, o façam completamente isentos de juízos de valor. No entanto, toda atividade jurisdicional exige fundamentação e respeito aos preceitos constitucionais.

No momento em que o intérprete da lei faz a escolha entre as normas, entre a interpretação, com seus pré-juízos e pré-conceitos, existe uma atuação política e, é claro, jurídica, nesta decisão, e, mesmo quando for declarar a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de uma lei perante a Constituição, existirá uma conotação política, pois em qualquer caso haverá efeitos sociais e alguém será beneficiado ou prejudicado.¹⁴⁶

O direito, inevitavelmente, tem uma dimensão política, mas isso não quer dizer que as decisões judiciais são arbitrárias, partidarizadas e destituídas de fundamentação jurídica. Sustentar a total imparcialidade política dos juizes no exercício de suas funções é praticamente uma utopia.

3.1.6.3 Falta de capacidade institucional

A maioria dos Estados democráticos adotam o princípio da separação dos poderes, que determina que as funções estatais devem ser realizadas por órgãos distintos. Luís Roberto Barroso menciona que a doutrina tem difundido a idéia da

¹⁴⁶ MARTIGNAGO, Gisela. *Controle de constitucionalidade e ativismo judicial*. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) Faculdade de Direito. Pontifca Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. (Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=9511>, Acesso em: 12 abr. 2011)

capacidade institucional, que envolve a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria.¹⁴⁷

Assim, em algumas matérias técnicas e científicas de grande complexidade, que exigem um conhecimento específico, pode ser que o juiz não seja o mais qualificado para decidir.

Formalmente, os membros do Poder Judiciário sempre conservarão a sua competência para o pronunciamento definitivo. Mas em situações como as descritas, normalmente deverão eles prestigiar as manifestações do Legislativo ou do Executivo, cedendo o passo para juízos discricionários dotados de razoabilidade.¹⁴⁸

Assim, quanto à capacidade institucional de decisão em determinadas áreas, Barroso afirma que o judiciário deverá verificar se, em relação a matéria tratada, ele é o poder com a maior qualificação pra decidir e, caso não seja, o ideal é não exercer o seu poder, em autolimitação espontânea.

Na mesma linha, Cappelletti aborda a questão da incompetência institucional da magistratura para agir como força criadora do Direito. Segundo essa tese, os juízes não têm possibilidade de desenvolver pessoalmente o tipo de investigações requeridas para uma obra criativa, a qual não pode se limitar às leis e aos precedentes, pois envolvem problemas complexos e dados sociais, econômicos e políticos.

Tentando afastar essa tese, Cappelletti alega que os juízes podem se valer da perícia, da intervenção de terceiros, entre outros meios que possibilitam o conhecimento necessário para execução de seus feitos.¹⁴⁹

Apesar dos argumentos apresentados, fica difícil não sustentar que o acesso às informações necessárias para decidir em determinadas matérias é mais limitado para os juízes, que muitas vezes dependem de informações cedidas por terceiros. Ciente desse fato, cabe ao Judiciário refletir cuidadosamente antes de proferir qualquer decisão que fuja da sua esfera de conhecimento e competência.

¹⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, (Disponível em: < <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em 23 mar. 2011)

¹⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, (Disponível em: < <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em 23 mar. 2011)

¹⁴⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 86-69

CAPÍTULO IV

O ATIVISMO JUDICIAL NO ÂMBITO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

4.1 Análise de jurisprudências

Nos últimos anos a atuação do Supremo Tribunal Federal vem ganhando destaque, seja por proferir decisões que envolvam questões políticas, morais e até econômicas, seja por concretizar direitos fundamentais, muitas vezes ignorando as decisões do Executivo, seja por criar normas, invadindo a competência do Legislativo.

A Emenda Constitucional n.45, de 2004, que realizou a reforma do Judiciário, bem como a mudança da composição dos Ministros durante o governo de Luiz Inácio Lula da Silva (que chegou a nomear nove ministros durante o seu mandato) deram início a essa transformação de comportamento do STF.

É importante ressaltar que diversamente das Cortes Constitucionais de outros países, o Supremo Tribunal Constitucional possui duas funções, pois, além de dar a última palavra em questões relativas à constitucionalidade de atos normativos, essa Corte exerce, ainda, a função de órgão recursal, atuando muitas vezes como a última instância do Poder Judiciário. Dessa forma, questões das mais variadas podem chegar ao seu conhecimento e serem objeto de sua análise e decisão.

A ingerência do Supremo Tribunal Federal na esfera de competência dos demais poderes assumiu proporções tão devastadoras que alguns doutrinadores chegam a sustentar que estamos vivendo em uma “supremocracia”.¹⁵⁰

O Supremo Tribunal Federal tem demonstrado uma nítida posição ativista diante das situações que lhe são apresentadas, ampliando as fronteiras de sua competência. Muitas são as causas apontadas como propulsoras dessa nova maneira de agir do “guardião da Constituição”, mas, deixando-as momentaneamente de lado, o que se pretende neste capítulo é demonstrar, por meio da análise de

¹⁵⁰ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. (Disponível em: <http://www.direitogv.com.br/subportais/publica%C3%A7%C3%B5e/RD-08_6_441_464_Supremocracia_Oscar%20Vilhena%20Vieira.pdf> Acesso em: 10 abr.2011)

alguns precedentes dessa Corte, a inquestionável existência de ativismo judicial no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

4.1.1 Princípio da Segurança Jurídica e Modulação dos Efeitos

A Ação Direta de Inconstitucionalidade n.2.240-7/BA foi proposta pelo Partido dos Trabalhadores- PT, visando à declaração de inconstitucionalidade da Lei n. 7619/00, do Estado da Bahia, que estabeleceu a criação do município de Luís Eduardo Magalhães. Alegou-se a inconstitucionalidade devido ao fato de que a citada lei baiana foi publicada posteriormente a promulgação da EC nº 15/96, que dera nova redação ao art. 18, §4, da CF, que estabeleceu que a criação de Municípios deve ser feita por lei estadual, dentro do período determinado por lei complementar federal.

Assim, a criação do município de Luís Eduardo Magalhães, em ano de eleições municipais, foi feita quando ainda se encontrava pendente a lei complementar federal mencionada no dispositivo constitucional (§4º, art. 18, da CF), o qual definiria o período em que os municípios poderiam ser criados.

Em seu voto, o Relator Ministro Eros Grau sustentou, resumidamente, que a criação do município é uma situação fática que não pode ser anulada pela simples inconstitucionalidade da lei. Dessa forma, julgou pela improcedência da ADI, pela preservação do município, tendo como base o princípio da segurança jurídica.

Logo no início de seu voto, o Ministro Eros Grau ressaltou que

o Município foi efetivamente criado, assumindo existência de fato como ente federativo dotado de autonomia. Como tal existe. Há mais de seis anos. Por isso esta Corte não pode limitar-se à prática de um mero exercício de subsunção. Cumpre considerarmos prudentemente a circunstância de estarmos diante de uma situação de exceção e as conseqüências perniciosas que adviriam de eventual declaração de inconstitucionalidade da lei estadual.¹⁵¹

Eros Grau fez questão de destacar que muitos fatos já haviam acontecido no Município, tais como a promulgação da sua lei orgânica, a eleição do seu Prefeito e

¹⁵¹ ADI 2240-7/BA, relator Ministro Eros Grau. DJ 03.08.2007

Vice-prefeito, a arrecadação de tributos de sua competência, a celebração de casamentos, e o registro de nascimentos e óbitos. A existência desse município, portanto, caracterizou uma situação excepcional e “*as normas só valem para as situações normais*”¹⁵². O princípio da segurança jurídica permite a preservação do município.

O Ministro Eros Grau mencionou que, apesar de existirem hipóteses em que a situação excepcional é prevista pelo direito positivo, no caso do município de Luís Eduardo Magalhães, “*estamos diante de uma situação excepcional não prevista pelo direito positivo, porém instalada pela força normativa dos fatos*”¹⁵³.

O Ministro enfatizou que o município foi criado e é ente da federação, consubstanciando um fato, que não pode ser anulado, pois fatos não se anulam. Para fundamentar a sua tese, Eros Grau fez referência à seguinte observação de Konrad Hesse:

Na vida da coletividade há realidades que se encontram em contradição com a Constituição, mas essas realidades não devem ser consideradas como insignificantes pelo intérprete da Constituição. O importante, em face delas, é fazer tudo aquilo que seja necessário para impedir o seu nascimento (da realidade inconstitucional) ou para pô-la, essas realidade, novamente em concordância com a Constituição.¹⁵⁴

Assim, com os argumentos apresentados e, principalmente, com base na força normativa dos fatos, o Ministro Eros Grau concluiu pela improcedência da ADI.

O Ministro Gilmar Mendes, por sua vez, concordou com o a existência consolidada do município em questão, mas afastou o argumento de que a lei não poderia ser considerada inconstitucional. Assim, votou pela procedência da ação, para declarar a inconstitucionalidade da lei, mas não pronunciar a sua nulidade pelo prazo de 24 meses.

Apesar de reconhecer a relevância do princípio da segurança jurídica para o caso, o Min. Gilmar Mendes defendeu a necessidade de ponderação entre o princípio da segurança jurídica e o princípio da nulidade da lei inconstitucional. Afirmou que essa ponderação revela uma técnica alternativa de decisão de controle

¹⁵² ADI 2240-7/BA, relator Ministro Eros Grau. DJ 03.08.2007

¹⁵³ ADI 2240-7/BA, relator Ministro Eros Grau. DJ 03.08.2007

¹⁵⁴ ADI 2240-7/BA, relator Ministro Eros Grau. DJ 03.08.2007

de constitucionalidade, cada vez mais comum no direito comparado, em que “os tribunais não estão mais efeitos às soluções ortodoxas da declaração de nulidade total ou de mera decisão de improcedência da ação com a conseqüente declaração de constitucionalidade”¹⁵⁵.

Gilmar Mendes afirmou que os Estados Unidos, maior representante da teoria da nulidade e no qual a lei inconstitucional sequer é considerada lei, passou a admitir a mitigação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade e, em certos casos, também admitiu a declaração de inconstitucionalidade com efeitos exclusivamente para o futuro.

Gilmar Mendes fez referência ainda à Constituição de Portugal, que tem previsão expressa que permite o Tribunal Constitucional limitar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade. O Ministro conclui dizendo que “independentemente do modelo de controle adotado, de perfil difuso ou concentrado, a criação de técnicas alternativas é comum aos mais diversos sistemas constitucionais”¹⁵⁶.

No Brasil, afirmou o Ministro Gilmar Mendes, a doutrina e a jurisprudência também defendem a mitigação dos efeitos da decisão de controle de constitucionalidade. Com o advento da Lei n. 9868/99 e seu art. 27, o Tribunal passou a ter respaldo legal para a mitigação da decisão de inconstitucionalidade do controle concentrado. Segundo o Ministro, a prática tem demonstrado que essa técnica também pode ser utilizada no controle difuso de constitucionalidade.

Gilmar Mendes também afirmou que, apesar das ADIs propostas contra a Lei 9868/99 e o seu art. 27 não terem sido julgadas ainda, o STF já vem mostrando o seu entendimento pela constitucionalidade desse dispositivo.

Para ele “é possível e, muitas vezes, inevitável, com base no princípio da segurança jurídica, afastar a incidência do princípio da nulidade em determinadas situações”¹⁵⁷. Concluiu dizendo que:

o princípio da nulidade continua a ser a regra também no direito brasileiro. O afastamento de sua incidência dependerá de um severo juízo de ponderação que, tendo em vista análise fundada no princípio da proporcionalidade, faça prevalecer a idéia de segurança jurídica ou outro

¹⁵⁵ ADI 2240-7/BA, relator Ministro Eros Grau. DJ 03.08.2007

¹⁵⁶ ADI 2240-7/BA, relator Ministro Eros Grau. DJ 03.08.2007

¹⁵⁷ ADI 2240-7/BA, relator Ministro Eros Grau. DJ 03.08.2007

princípio constitucional manifestado sob a forma de interesse social relevante.¹⁵⁸

Diante dos argumentos apresentados, Gilmar Mendes ressaltou que a simples declaração de inconstitucionalidade e, conseqüentemente, de nulidade da lei baiana poderia causar uma catástrofe no mundo fático. Assim, ele votou:

no sentido de, aplicando o art.27 da Lei n. 9868/99, declarar a inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade da lei impugnada, mantendo sua vigência pelo prazo de 24 (vinte e quatro) meses, lapso temporal razoável dentro do qual poderá o legislador estadual reapreciar o tema, tendo como base os parâmetros que deverão ser fixados na lei complementar federal, conforme decisão desta Corte na ADI 3.682.¹⁵⁹

Percebe-se, portanto, que em ambos os votos foram desenvolvidos argumentos com o objetivo de preservar a situação fática, qual seja, a existência do município de Luís Eduardo de Magalhães, mesmo diante da sua patente existência irregular.

O Ministro Eros Grau, ao exaltar e valorizar a situação fática, em detrimento da exigência formal da lei complementar federal mencionada no dispositivo constitucional (§4º, art. 18, da CF), vota amparado por argumentos como o respeito ao princípio da segurança jurídica e o princípio da força normativa dos fatos.

Percebe-se claramente que o Ministro Eros Grau desenvolveu a tese de que a excepcionalidade da situação bem como o princípio da segurança jurídica e a força normativa dos fatos fazem com que seja possível a não aplicação do direito positivado, ou seja, permite a inobservância da regra contida no §4º, do art. 18.

Vanice Regina Lírio do Valle, ao analisar ADI 2.240-7/BA, aponta que, ao dar relevância à “força normativa dos fatos”, à “situação consolidada” e ao “estado de exceção”, a argumentação utilizada pelo Ministro Eros Grau possui características do pragmatismo jurídico.¹⁶⁰ De acordo com o entendimento da autora, essa forma de pensamento, ou seja, o pragmatismo jurídico, é o que tem proporcionado de forma mais acentuada o ativismo judicial no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

¹⁵⁸ ADI 2240-7/BA, relator Ministro Eros Grau. DJ 03.08.2007

¹⁵⁹ ADI 2240-7/BA, relator Ministro Eros Grau. DJ 03.08.2007

¹⁶⁰ VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal – laboratório de análise jurisprudencial do STF*, Curitiba: Juruá, 2009. p.118

O pragmatismo jurídico configura uma forma de pensamento que valoriza, fundamentalmente, o lado material ou prático do problema, bem como o contexto, isto é, as circunstâncias envolvidas no caso concreto, e as possíveis consequências decorrentes da decisão. Nesse sentido, vale citar as palavras de Roberta Tigre:

O que hoje podemos entender como Pragmatismo Jurídico é que esta forma de pensamento apresenta um teor essencialmente prático: volta-se para o futuro, analisa as necessidades humanas presentes e futuras, e é avesso a princípios fechados, característicos do racionalismo. O juiz pragmatista, ao seguir estes passos, tem como objetivo primordial a escolha da melhor decisão. Mas, para aferição de tal caráter satisfativo, o juiz pragmatista pode se valer de sua própria experiência como jurista, de recursos jurídicos e não-jurídicos, de diversas teorias e até mesmo de decisões anteriores. Contudo, é de suma importância destacar que essas fontes somente serão utilizadas quando úteis à obtenção da melhor decisão.¹⁶¹

Não obstante os argumentos apresentados pela autora no sentido da predominância do pragmatismo jurídico no voto do Ministro Eros Grau, é importante frisar que a invocação do princípio da segurança jurídica também teve um papel significativo na motivação de seu voto, sendo, não custa lembrar, a valorização dos princípios uma das características fundamentais do pós-positivismo.

No voto do Ministro Gilmar Mendes, fica evidente a preocupação em otimizar a aplicação dos dois princípios por ele ressaltados, quais sejam, o princípio da segurança jurídica e o princípio da nulidade da lei inconstitucional. Assim, a ponderação entre os princípios é a solução apontada pelo Ministro para resolver a situação do município inconstitucional.

Conforme já relatado em capítulo anterior, a ponderação é uma técnica característica do pós-positivismo, a qual vem sendo bem aceita pela doutrina e já foi adotada em diversas decisões dos tribunais brasileiros.

A reaproximação do Direito e da ética, a importância conferida aos valores e a sua incorporação nas Constituições sob a forma de princípios, e a força normativa da Constituição são algumas das peculiaridades do pós-positivismo que proporcionaram o desenvolvimento de uma nova hermenêutica constitucional. A

¹⁶¹ MAIA, Roberta Figueiredo Tigre. *Linhas Gerais do Pragmatismo*. (Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2007/Discentes/tigre-maia.pdf> Acesso em 26 abr.2011)

distinção entre princípios e regras, baseada em um critério qualitativo, constitui uma das bases da nova hermenêutica constitucional.

A fundamentação utilizada pelo Ministro Gilmar Mendes é principiológica. Nesse aspecto, nota-se a presença de elementos característicos do pós-positivismo, uma vez que, como já destacado, o Ministro adota a técnica da ponderação e atribui força normativa aos princípios, privilegiando-os em detrimento do direito positivo.

Importante observar que a decisão do Plenário do STF seguiu os termos do voto-vista do Ministro Gilmar Mendes e que o Ministro Eros Graus, após rever seu voto inicial, acompanhou o voto do Min. Gilmar Mendes.

Enfim, cumpre alertar para o fato de que a decisão de declarar a inconstitucionalidade da lei baiana sem, entretanto, pronunciar a sua nulidade, suspendendo a sua vigência por um prazo de 24 meses para que o legislador estadual solucione o problema, constitui, de forma inquestionável, uma manifestação de ativismo judicial no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

O primeiro ponto a ser destacado é em relação à aplicação da técnica de modulação dos efeitos temporais das decisões de controle. Proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados, a ADI n. 2.258 é uma das ações que questionam a constitucionalidade do art.27 da Lei n. 9868/99, sendo o argumento, nesse caso, o de que o dispositivo em comento deveria ter sido veiculado por meio de emenda constitucional, e não por lei ordinária, como ocorreu.

Existem, ainda, argumentos no sentido de que o citado art. 27 padece de inconstitucionalidade na medida em que um ato inconstitucional não pode ser mantido no ordenamento jurídico somente por conta do princípio da segurança jurídica, já que a manutenção do ato é justamente oposta a esse princípio. Ademais, acolher os efeitos da lei inconstitucional faz com que a Constituição seja subordinada a lei infraconstitucional, o que é de todo inaceitável pelo princípio da supremacia da Constituição.¹⁶²

Porém, o STF, antes mesmo de julgar as ações que alegam a inconstitucionalidade do artigo 27 da Lei 9868/99, por diversas vezes, utilizou-se do dispositivo mencionado, demonstrando uma atitude de desrespeito ao princípio da

¹⁶² SORMANI, Alexandre. *Inovações da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade: uma visão crítica da Lei nº 9868/99 sob o viés do princípio da segurança jurídica*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004. p.137-142

supremacia da Constituição e ao princípio da nulidade da lei inconstitucional, tão invocado por Gilmar Mendes na fundamentação de seu voto.

Para justificar a aplicação da modulação dos efeitos temporais das decisões de inconstitucionalidade, Gilmar Mendes alega a utilização da técnica em outros países, tais como Estados Unidos e Portugal.

Ocorre que, conforme observa Elival da Silva Ramos, essa comparação não é válida. Em Portugal há previsão constitucional expressa que permite o uso da técnica excepcional. Quanto aos Estados Unidos, o Ministro afirma que, apesar de ser esse o sistema difuso ou incidental mais tradicional do mundo, o país passou a admitir a mitigação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. No entanto, Elival da Silva Ramos alerta que na realidade os Estados Unidos apenas utilizam a técnica da ponderação entre o princípio da nulidade e outras diretrizes constitucionais em alguns casos concretos.¹⁶³

Ainda sobre esse tema, ressalte-se que o art. 27 da Lei n. 9868/99 também tem sido aplicado, por analogia, ao controle difuso. O artigo em questão estabelece, literalmente, que a técnica da modulação poderá ser aplicada em sede de controle concentrado de Constitucionalidade. Assim, ao promover sua aplicação no controle difuso, manifesta-se, mais uma vez, o ativismo judicial, visto que a interpretação feita pelo STF ultrapassa a fronteira da literalidade do dispositivo, que foi devidamente elaborado por meio de um processo legislativo de competência de um Poder que não o Judiciário.

Como importante precedente da aplicação da modulação dos efeitos no controle difuso, podemos citar a ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público de São Paulo com a finalidade de reduzir o número de vereadores de doze para nove, do Município de Mira Estrela, para que, dessa forma, fosse observado o art. 29, IV, CF/88. O pedido do MP era para que fossem devolvidos os subsídios indevidamente pagos aos vereadores e que fosse declarada, incidentalmente (controle difuso), a inconstitucionalidade da lei orgânica do Município.

No Recurso Extraordinário 197.917-8/SP, interposto na ação civil pública mencionada, o Ministro Relator Maurício Correia sustentou em seu voto que a pura e simples declaração de inconstitucionalidade da lei orgânica do Município de Mira Estrela causaria um verdadeiro caos quanto à validade das eleições realizadas e,

¹⁶³ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial – parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p.240

principalmente, quanto à legitimidade dos atos legislativos praticados pela Câmara dos Vereadores. Assim, diante da excepcionalidade dos fatos, o Ministro entendeu por bem declarar a inconstitucionalidade da lei orgânica, devendo a decisão, entretanto, prevalecer somente para as legislaturas futuras.

O que se tem notado é que, a partir desse precedente, o STF tem usado e abusado da técnica da modulação dos efeitos, muitas vezes deixando de lado o seu caráter excepcional. Nesse sentido, Elival da Silva Ramos adverte que a situação fática do caso, qual seja, a redução de onze para nove o número de vereadores, sequer constituía suporte fático para a utilização da técnica prevista no art. 27 da Lei n. 9868/99:

O que parece mais plausível é que se tenha aproveitado esse caso, de menor repercussão, para, em claro exercício de ativismo judicial, abrir um precedente quanto à aplicação da modulação temporal consagrada no art. 27 da Lei n. 9868/99, e com isso, de certa forma, tornar preclusa a discussão sobre sua candente inconstitucionalidade.¹⁶⁴

Deixando de lado a questão da constitucionalidade ou não do art. 27 da Lei n. 9868/99, não há como negar que a questão do Município de Luís Eduardo Magalhães e, até mesmo, a do Município de Mira Estrela exigiam reflexões quanto às consequências que poderiam advir dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade das respectivas leis. Porém, é um tanto quanto perigoso defender a tese de que as normas só se aplicam às situações normais e, por consequência, não se aplicam em situações excepcionais. Além disso, tal argumento também fere o princípio da segurança jurídica, tão venerado pelos Ministros em seus votos.

Portanto, ciente de sua função de último intérprete e guardião da Constituição, o Supremo Tribunal Federal não pode, ao privilegiar as situações fáticas, proferir decisões que ultrapassem a interpretação possível dos dispositivos legais ou que, pior ainda, não tenham qualquer respaldo no ordenamento jurídico.

4.1.2 Fidelidade Partidária

¹⁶⁴ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial – parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p.242

Em 27 de março de 2007, por meio da Resolução n. 22.526, o Tribunal Superior Eleitoral, por maioria de votos, deu resposta afirmativa à Consulta n. 1398/DF, feita pelo Partido da Frente Liberal (PFL), que questionava o seguinte: “os partidos e coligações têm direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda?”¹⁶⁵

No voto do Ministro Relator Cesar Asfor Rocha, foi destacado que, consoante determinação expressa do Código Eleitoral, a candidatura de qualquer cidadão a cargo eletivo depende de prévia filiação partidária. O Ministro observou ainda que a própria Constituição Federal estabelece que a filiação partidária é condição de elegibilidade (art. 14, §3º, V). Ademais, de acordo com a Constituição Federal (art. 17), os Partidos Políticos no Brasil têm *status* de entidade constitucional e podem estabelecer normas de fidelidade e disciplina (art. 17, §1º).

Com base nesses dispositivos, o Ministro Relator Cesar Rocha afirmou que as questões relacionadas aos partidos políticos devem ser interpretadas de acordo com a hermenêutica constitucional e, por conseguinte, com a utilização dos princípios albergados na Constituição Federal. Após sustentar a “aplicabilidade imediata dos princípios constitucionais à soluções de controvérsias concretas”, o Ministro observou:

Ora, não há dúvida nenhuma, quer no plano jurídico, quer no plano prático, que o vínculo de um candidato ao Partido pelo qual se registra e disputa uma eleição é o mais forte, se não o único, elemento de sua identidade política, podendo ser afirmado que o candidato não existe fora do Partido Político e nenhuma candidatura é possível fora de uma bandeira partidária. Por conseguinte, parece-me equivocada e mesmo injurídica a suposição de que o mandato político eletivo pertence ao indivíduo eleito, pois isso equivaleria a dizer que ele, o candidato eleito, se teria tornado senhor e possuidor de uma parcela da soberania popular, não apenas transformando-a em propriedade sua, porém mesmo sobre ela podendo exercer, à moda do exercício de uma prerrogativa privatística, todos os poderes inerentes ao seu domínio, inclusive o de dele dispor.¹⁶⁶

O Ministro Relator afirmou ter conhecimento das posições jurisprudenciais e doutrinárias que defendem que na desfiliação partidária o candidato eleito conserva o mandato eletivo, mas advertiu que essa tese foi desenvolvida em um momento em

¹⁶⁵ Consulta n. 1.398/DF, objeto da Resolução n. 22.526, de 27.03.2007 (DJ 08.05.2007). Relator Ministro César Asfor Rocha

¹⁶⁶ Consulta n. 1.398/DF, objeto da Resolução n. 22.526, de 27.03.2007 (DJ 08.05.2007). Relator Ministro César Asfor Rocha

que não se atribuía força normativa aos princípios constitucionais, e que, no tempo presente, tem-se “a afirmação da prevalência dos princípios constitucionais sobre as normas de organização dos Partidos Políticos”¹⁶⁷.

Asseverou ainda o Relator que o mandato eletivo proporcional pertence ao Partido Político e não constitui uma “criação original ou abstrata da interpretação jurídica, de todo desapegada do quadro normativo positivo”¹⁶⁸. Para sustentar essa sua alegação, ele mencionou dois dispositivos do Código Eleitoral (art. 175, §4º e art. 176), que indicam que os votos conferidos ao candidato pertencem ao Partido Político.

Por fim, o Ministro Relator mencionou a existência de hipóteses em que a mudança partidária pelo candidato eleito a cargo proporcional não enseja a perda do mandato, como no caso de a mudança “decorrer da alteração do ideário partidário ou for fruto de uma perseguição odiosa”¹⁶⁹. Assim, diante dos argumentos apresentados, o Ministro Relator Cesar Rocha responde afirmativamente a consulta do PFL.

Com base nessa Resolução do TSE, o Partido Popular Socialista (PPS), o Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) e o Partido dos Democratas fizeram um requerimento para o Presidente da Câmara dos Deputados para que fosse feita a convocação de suplentes filiados aos seus partidos para o preenchimento de vagas que teriam sido abertas com a desfiliação de Deputados eleitos pelas respectivas legendas nas eleições de 2006. Ocorre que esse pedido foi indeferido, o que acarretou a impetração de três mandados de segurança perante o Supremo Tribunal Federal: MS 26.602/DF, 26.603/DF e 26.604/DF.

Antes do julgamento dos supracitados Mandados de Segurança, o entendimento do STF era de que o candidato diplomado não perdia a condição de suplente ao se desvincular do partido, ou da aliança partidária, pelo qual se elegeu. Nesse sentido, vejamos ementa do acórdão do Mandado de Segurança n. 20.927/DF, do ano de 1994 :

¹⁶⁷ Consulta n. 1.398/DF, objeto da Resolução n. 22.526, de 27.03.2007 (DJ 08.05.2007). Relator Ministro César Asfor Rocha

¹⁶⁸ Consulta n. 1.398/DF, objeto da Resolução n. 22.526, de 27.03.2007 (DJ 08.05.2007). Relator Ministro César Asfor Rocha

¹⁶⁹ Consulta n. 1.398/DF, objeto da Resolução n. 22.526, de 27.03.2007 (DJ 08.05.2007). Relator Ministro César Asfor Rocha

MANDADO DE SEGURANÇA. FIDELIDADE PARTIDARIA. SUPLENTE DE DEPUTADO FEDERAL. - EM QUE PESE O PRINCÍPIO DA REPRESENTAÇÃO PROPORCIONAL E A REPRESENTAÇÃO PARLAMENTAR FEDERAL POR INTERMÉDIO DOS PARTIDOS POLITICOS, **NÃO PERDE A CONDIÇÃO DE SUPLENTE O CANDIDATO DIPLOMADO PELA JUSTIÇA ELEITORAL QUE, POSTERIORMENTE, SE DESVINCULA DO PARTIDO OU ALIANÇA PARTIDARIA PELO QUAL SE ELEGEU.** - A INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA FIDELIDADE PARTIDARIA AOS PARLAMENTARES EMPOSSADOS SE ESTENDE, **NO SILÊNCIO DA CONSTITUIÇÃO E DA LEI,** AOS RESPECTIVOS SUPLENTEs. - MANDADO DE SEGURANÇA INDEFERIDO.¹⁷⁰ (grifo nosso)

Tal julgamento ocorreu logo após a EC nº 25 de 1988, com a qual a fidelidade partidária deixou de ser prevista na Constituição, não persistindo como causa de perda do mandato a mudança de partido. Nesse julgamento, o Ministro Relator Moreira Alves fez questão de ressaltar que:

Se a própria Constituição não estabelece a perda de mandato para o Deputado que, eleito pelo sistema de representação proporcional, muda de partido e, com isso, diminui a representação parlamentar do Partido por que se elegeu (e se elegeu muitas vezes graças aos votos de legenda), **quer isso dizer que apesar de a Carta Magna dar acentuado valor à representação partidária (art.5, LXX, “a”; 58, §1º; 58, §4º; 103, VIII), não quis preservá-la com a adoção de sanção jurídica da perda de mandato,** para impedir a redução da representação de um Partido no Parlamento. Se o quisesse, bastaria ter colocado essa hipótese entre as causas de perda de mandato, a que alude o art.55. (grifos nossos)¹⁷¹

Assim, durante muito tempo, o entendimento do Supremo Tribunal foi o de que a inexistência de norma Constitucional impossibilitava a aplicação do princípio da fidelidade partidária aos candidatos que, eleitos pelo sistema proporcional, mudassem de partido. Esse foi o entendimento pronunciado pelo Ministro Gilmar Mendes ao julgar o Mandado de Segurança 23.405/GO no ano de 2004:

Embora a troca de partidos por parlamentares eleitos sob regime de proporcionalidade revele-se extremamente negativa para o desenvolvimento e continuidade do sistema eleitoral e do próprio sistema democrático, é certo que **a Constituição não fornece elementos** para que se provoque o resultado pretendido pelo requerente. (grifo nosso)¹⁷²

Entretanto, em 03 de abril de 2007, ao julgar os Mandados de Seguranças n. 26.602/DF, 26.603/DF e 26.604/DF, revendo a sua posição anterior, o STF acolheu o entendimento exarado na Resolução 22.526 do Tribunal Superior Eleitoral e

¹⁷⁰ MS n. 20.927-5/DF, relator Ministro Moreira Alves, DJ 15.04.94

¹⁷¹ MS n. 20.927-5/DF, relator Ministro Moreira Alves, DJ 15.04.94

¹⁷² MS 23.405/GO, relator Ministro Gilmar Mendes, DJ 23.04.2004

afirmou que a fidelidade partidária constitui princípio constitucional que deve ser observado pelo candidatos eleitos e, por isso, na hipótese de mudança injustificada de partido, o candidato eleito perde o cargo eletivo.

O STF determinou ainda que a data de 27.03.2007, data da Resolução n. 22.526 do TSE, serviria como termo a partir do qual qualquer candidato eleito pelo sistema proporcional que mudasse de partido injustificadamente estaria ferindo as regras da fidelidade partidária. Nesse sentido, o Ministro Gilmar Mendes assinalou que

Em casos como esse, típico de mutação constitucional, em que se altera a jurisprudência longamente adotada pela Corte, a praxe tem sido no sentido de se modularem os efeitos da decisão, com base em razões de segurança. (...) **não se trata aqui de aplicação do art. 27 da Lei nº 9868/99, mas de substancial mudança de jurisprudência**, decorrente de nova interpretação do texto constitucional, o que permite ao Tribunal, tendo em vista razões de segurança jurídica, dar efeitos prospectivos às suas decisões.¹⁷³ (grifo nosso)

No caso do MS 26.602/DF, impetrado pelo PPS, a ordem foi denegada tendo em vista que os parlamentares litisconsortes passivos do citado mandado de segurança haviam mudado de partido antes da resposta do TSE à Consulta n. 1398. Entretanto, importante destacar o seguinte fragmento da ementa do acórdão, que aponta a justificativa da mudança de posicionamento do STF sobre a matéria:

a permanência do parlamentar no partido político pelo qual se elegeu é imprescindível para a manutenção da representatividade partidária do próprio mandato. Daí a alteração da jurisprudência do Tribunal, a fim de que a fidelidade partidária do parlamentar perdure após a posse no cargo eletivo.¹⁷⁴

Em seu voto, o Ministro Menezes Direito procurou refutar a tese de criação judicial do direito, alegando que no caso

não se está criando norma artificial, nem se está ingressando em seara reservada ao poder de legislar. O que está se fazendo é dar uma interpretação coerente com o que se contém na Constituição para preservar-lhe os princípios estatuídos e assegurar a plenitude do exercício da soberania popular. (grifo nosso)¹⁷⁵

¹⁷³ MS 26.604/DF, relator Eros Grau, DJ 16.10.2008

¹⁷⁴ MS 26.604/DF, relator Eros Grau, DJ 16.10.2008

¹⁷⁵ MS 26.604/DF, relator Ministro Eros Grau, DJ 16.10.2008

Pelas mesmas razões alegadas no MS 26.602/DF, no MS 26.603/DF, impetrado pelo PSDB, a ordem também foi denegada. Dessa vez, entretanto, ressalte-se o seguinte argumento apresentado como justificativa da mudança de posição do STF a respeito da fidelidade partidária:

O exercício da jurisdição constitucional, que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição, põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do Supremo Tribunal Federal, pois, no processo de indagação constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder. No poder de interpretar a Lei Fundamental, reside a prerrogativa extraordinária de (re)formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional, a significar, portanto, **que “a Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la”**. A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Constitucional, a quem se atribui a função eminente de “guarda da Constituição” (CF, art. 102, “caput”), assume papel de fundamental importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que **o modelo político-jurídico vigente em nosso País conferiu, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental**. (grifo nosso)¹⁷⁶

Por fim, no MS 26.604/DF, impetrado pelo partido dos Democratas, a ordem foi parcialmente concedida. O que interessa apontar, entretanto, é que mais uma vez foram apresentadas razões para a mudança de posicionamento do STF em relação à fidelidade partidária. Vejamos fragmento da ementa do acórdão:

a fidelidade partidária é corolário lógico-jurídico necessário do sistema constitucional vigente, **sem necessidade de sua expressão literal**. Sem ela não há atenção aos princípios obrigatórios que informam o ordenamento jurídico. (grifo nosso)¹⁷⁷

Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes indaga se os partidos políticos teriam direito às vagas por eles conquistadas segundo as regras do sistema proporcional. Para ele a resposta não poderia deixar de ser afirmativa, uma vez que “trata-se de um direito não expressamente consignado no texto constitucional, mas decorrente do regime de democracia representativa e partidária adotada pela Constituição (art. 5º, §2º)”.

No julgamento dos três mandados de segurança citados ficou claro que, com o intuito de justificar a revisão do seu entendimento anterior, qual seja, de que a

¹⁷⁶ MS 26.603/DF, relator Ministro Celso de Mello, DJ 18.12.2008

¹⁷⁷ MS 26.604/DF, relatora Ministra Cármen Lúcia, DJ 02.10.2008

inexistência de norma Constitucional impossibilitava a aplicação do princípio da fidelidade partidária aos candidatos eleitos pelo sistema proporcional que mudassem de partido, o Supremo Tribunal Federal utilizou argumentos notadamente contrários, enfatizando que a falta de norma não impede que da interpretação da Constituição e dos princípios nela albergados, principalmente do princípio da representação proporcional, se retire o fundamento jurídico para sustentar a aplicabilidade do princípio da fidelidade partidária aos casos de mudança de partido do candidato eleito pelo sistema proporcional.

Assim, exaltando a prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Constituição Federal, bem como da força normativa dos princípios, o Supremo Tribunal Federal desenvolveu ampla argumentação, centrada nos princípios constitucionais, para fundamentar a revisão de sua posição anterior.

Mais uma vez, portanto, estão presentes na fundamentação dos Ministros do STF os elementos característicos da nova hermenêutica constitucional, principalmente no que se refere à valorização e atribuição de força normativa aos princípios. A influência dos preceitos da nova hermenêutica constitucional fica evidente no voto do Ministro Menezes de Direito, que chega a salientar que

(...) a Suprema Corte, quando interpreta a Constituição não fica subordinada ao argumento do direito constitucional estrito, sob pena de ofuscar a perspectiva contemporânea do sistema de valores e princípio que estão subjacentes na unidade representada pelo texto constitucional

Dessa forma, a partir da interpretação do princípio da representação proporcional, o STF desenvolveu sua tese principal e construiu indiscutível normatização no que diz respeito à perda do mandato em caso de desfiliação partidária.

Nesse sentido, Elival da Silva Ramos é categórico ao afirmar que ao agir dessa forma, o STF demonstrou clara manifestação de ativismo judicial:

(...) a construção empreendida pelo Supremo Federal para, sob determinados pressupostos, impor ao parlamentar eleito pelo sistema proporcional a perda do mandato em caso de desfiliação partidária configura um dos episódios mais característicos de ativismo judiciário de toda a história daquela Excelsa Corte.¹⁷⁸

¹⁷⁸ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial – parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p.249

Elival da Silva Ramos assinalou que o STF não poderia, com a desculpa de afirmar um princípio constitucional, impor normatização que ultrapassasse a barreira de sua competência. O autor não nega a importância que o intérprete deve dar aos princípios constitucionais para a solução de casos concretos. Contudo, adverte que da interpretação do princípio da representação proporcional não se pode extrair uma infinidade de comandos, mas tão somente “a diretriz de que, no preenchimento de cargos legislativos sujeitos a esse sistema eleitoral (sistema proporcional), deve-se observar a proporção entre o número desses cargos e a votação obtida pelas agremiações partidárias, na forma da legislação eleitoral”.¹⁷⁹

Ramos entende, portanto, que “na disciplina imposta pela atual Constituição, o mandato é da titularidade do parlamentar eleito”, e que a complexidade da questão da perda do mandato por desfiliação partidária deve ser tratada e regradada por Emenda Constitucional e não pelo Poder Constituinte de Revisão.¹⁸⁰

4.1.3 Direito de greve dos servidores públicos

O Mandado de Injunção 670-9/ES, impetrado pelo Sindicato dos Servidores Policiais Civis do Espírito Santo (SINDIPOL) contra o Congresso Nacional, tinha como objetivo ver reconhecido o direito de greve da categoria, com base na Lei Federal 7783/89, tendo em vista que a norma regulamentadora do direito de greve previsto no inciso VII, do art. 37 da Constituição Federal não havia sido editada.

O Ministro Relator Maurício Correia alegou em seu voto que o Poder Judiciário não poderia garantir o direito de greve ao impetrante por meio do Mandado de Injunção, uma vez que, se assim procedesse, estaria substituindo o legislador ordinário e extrapolando o âmbito de sua competência prevista na Constituição. Outrossim, afirmou que não poderia fixar prazo para o Congresso Nacional aprovar a lei prevista no inciso VII, do art. 37, da CF. Assim, o Ministro Relator conheceu em parte o Mandado de Injunção, para apenas declarar a mora do Congresso Nacional quanto à edição da norma regulamentadora do art. 37, VII, da CF.

¹⁷⁹ RAMOS, Elival da Silva, *Ibidem*, p. 250

¹⁸⁰ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial – parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 252-253

O Ministro Gilmar Mendes, por sua vez, votou no sentido de que o Mandado de Injunção fosse conhecido e, no mérito, deferido para determinar a aplicação das Leis nº. 7.701/1988 (que dispõe sobre a especialização de Turmas dos Tribunais do Trabalho em processos coletivos) e 7.783/1989 (que dispõe sobre o exercício do direito de greve para os trabalhadores em geral) aos conflitos e às ações judiciais que envolvessem a interpretação do direito de greve dos servidores público civis.

Para fundamentar a sua decisão, o Ministro Gilmar Mendes discorreu a respeito do mandado de injunção na jurisprudência do STF, destacando que primeiramente o entendimento era de que o Tribunal deveria limitar-se a constatar a inconstitucionalidade da omissão e a determinar que o legislador empreendesse as providências requeridas. Entretanto, o Ministro ressaltou que esse entendimento foi sendo paulatinamente modificado.

Conforme apontou o Ministro Gilmar Mendes, no julgamento do Mandado de Injunção 283/DF, o Tribunal, pela primeira vez, estipulou prazo para que fosse resolvida a lacuna referente à mora legislativa, e no Mandado de Injunção 232/RJ o Tribunal reconheceu que, se após seis meses o Congresso Nacional não editasse a Lei referida no art. 195, §7, da CF, o requerente passaria a gozar a imunidade requerida. Diante dessa nova perspectiva do STF em relação ao Mandado de Injunção, o Ministro Gilmar Mendes observou:

Percebe-se que, sem assumir compromisso com o exercício de uma típica função legislativa, o Supremo Tribunal Federal afastou-se da orientação inicialmente perfilhada, no que diz respeito ao mandado de injunção. (...) As decisões referidas indicam que o Supremo Tribunal Federal aceitou a possibilidade de uma regulação provisória pelo Poder Judiciário, uma espécie de sentença aditiva, se se utilizar a denominação do direito italiano. (grifo nosso)¹⁸¹

Na sequência da fundamentação de seu voto, o Ministro Gilmar Mendes dissertou a respeito do Mandado de Injunção e o direito de greve na jurisprudência do STF. Nas diversas vezes em que se manifestou sobre a matéria, o Tribunal se limitou a reconhecer a necessidade de se editar a reclamada legislação. No entanto, no MI 631/MS (Rel. Ilmar Galvão, DJ 2.8.2002), o Ministro Carlos Velloso destacou a necessidade de que se aplicasse, provisoriamente, aos servidores públicos a lei de greve relativa aos trabalhadores em geral.

¹⁸¹ MS 670-9/ES, relator Ministro Gilmar Mendes, DJ 30.10.2008

O Ministro Gilmar Mendes afirmou ainda que já haviam passado mais de dezoito anos desde a promulgação da CF/88 e o Poder Legislativo ainda não havia editado a lei regulamentadora do direito de greve dos servidores públicos. Assim, diante desse quadro de omissão daquele Poder, o Ministro defendeu que a Lei 7.783, que regula o direito de greve dos trabalhadores em geral, deveria ser aplicada provisoriamente, enquanto a omissão não fosse regulamentada por Lei específica, aos servidores públicos. Ademais, fixou prazo de 60 dias para que o Congresso Nacional legislasse sobre a matéria.

Em 25 de outubro de 2007, o Tribunal, por maioria, conheceu do MI 670-9/ES e determinou a aplicação da Lei 7.783/1989, no que coubesse.

Caso semelhante foi o do Mandado de Injunção 708-0/DF, impetrado pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa (SINTEM) em face do Congresso Nacional, questionando o persistente quadro de ausência de lei específica para regulamentar o direito de greve dos servidores públicos civis nos termos do art. 37, VII, da CF, e requerendo que a omissão fosse suprida por meio da elaboração de norma para o caso concreto.

No voto do Ministro Ricardo Lewandowski, foram citadas as três correntes de pensamento a respeito dos efeitos do mandado de injunção. O Ministro lecionou que a primeira corrente entende que a decisão no MI é meramente declaratória, ou seja apenas declara a inconstitucionalidade da omissão legislativa e dá ciência disso ao órgão competente. A segunda corrente, por sua vez, “admite a remoção, pelo Judiciário, do referido obstáculo, viabilizando o exercício do direito no caso concreto”¹⁸². Por fim, a última corrente sustenta que o compete ao Judiciário elaborar a norma faltante, ou adotar outra já existente, compatível com a disciplina pendente de regulamentação, suprimindo a omissão do legislador.

O Ministro Lewandowski observou que há algum tempo o Tribunal já vinha aplicando a Lei 7.783/89, que regula do direito de greve no setor privado, aos servidores públicos. Ou seja, o Tribunal já vinha adotando o pensamento da terceira corrente apontada pelo Ministro. No entanto, o Ministro Lewandowski enfatizou que em julgamentos anteriores havia manifestado a sua discordância quanto a essa aplicação, pois entendia que tal atitude implicaria a invasão do Judiciário na competência do Legislativo.

¹⁸² MI 708-0/DF, relator Ministro Gilmar Mendes, DJ 30.10.2008

Contudo, o Ministro alega que, após refletir melhor sobre o tema, sentiu a necessidade de mudar a sua concepção original. Assim, o Ministro alegou que extraiu princípios e regras da Lei 7.783/89 supostamente aplicáveis ao caso e assegurou o exercício do direito de greve aos impetrantes, desde que fossem atendidas inúmeras exigências que o próprio Ministro elaborou.

Mais uma vez, a questão da falta de lei disciplinando o direito de greve dos servidores públicos foi objeto do Mandado de Injunção 712-8/PA, dessa vez impetrado pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Paraná (SINJEP). O voto proferido pelo Ministro Eros Grau foi no sentido de que a Lei 7.783/89 só poderia ser aplicada aos servidores públicos caso fossem feitos alguns acréscimos e reduções do seu texto com o intuito de melhor amoldá-la ao serviço público.

O Ministro Eros Grau sustentou que ao exercício do direito de greve dos servidores públicos não deveria ser aplicada somente o disposto na Lei 7.783/89, devendo o STF traçar parâmetros para esse exercício. O Ministro afirmou ainda que, ao formular supletivamente a norma regulamentadora prevista no art. 37, VII, da CF, o Tribunal estaria exercendo função normativa, mas não legislativa. Para ele a função legislativa é espécie do gênero função normativa. A função normativa nada mais é do que a produção das normas jurídicas, que pode ser exercida não só pelo Legislativo, mas também pelo Executivo e pelo Judiciário. Com base nesse entendimento, ele sustentou:

O Poder Judiciário, no mandado de injunção , produz norma. Interpreta o direito, na sua totalidade, para produzir a norma de decisão aplicável à omissão. (...) não há que falar em agressão à separação dos poderes, mesmo porque é a Constituição que instituiu o mandado de injunção (...). O judiciário está vinculado ao dever-poder de, no mandado de injunção, formular supletivamente a norma regulamentadora faltante.¹⁸³ (grifo nosso)

Apresentando tais argumentos, o Ministro Eros Grau defendeu a aplicação da Lei 7.783/89 aos servidores públicos, porém, alegou serem necessárias algumas alterações da lei para que fossem atendidas as peculiaridades da greve nos serviços públicos. Com isso, apresentou um conjunto normativo por ele mesmo criado.

A questão da falta de lei regulamentadora do direito de greve dos servidores públicos, amplamente discutida no âmbito do Supremo Tribunal Federal, demonstra,

¹⁸³ MI 712-8/PA, relator Ministro Eros Grau, DJ 30.10.2008

de forma indiscutível, a dimensão que a argumentação dos Ministros, nitidamente ativista, pode alcançar. Apontando a existência do ativismo judicial nesses casos, Pedro Lenza demonstra nítida concordância com a atuação do STF, fazendo a seguinte conclusão:

Por todo o exposto, parece-nos que, diante da inércia não razoável do legislador, o Judiciário, em uma postura ativista, passa a ter elementos para suprir a omissão, conforme se verificou nos vários exemplo, fazendo com que o direito fundamental possa ser realizado. Não se pode admitir que temas tão importantes, como o direito de greve dos servidores públicos, por exemplo, possam ficar sem regulação por mais de 20 anos. O Judiciário, ao agir, realiza direitos fundamentais, e, nesse sentido, as técnicas de controle das omissões passam a ter efetividade. Naturalmente, saindo da inércia, a nova lei a ser editada pelo Legislativo deverá ser aplicada, podendo, é claro, no futuro, vir a ser questionada no Judiciário. Essa a nova perspectiva. Não se incentiva um Judiciário a funcionar como legislador positivo no caso da existência da lei, mas, havendo falta de lei e sendo a inércia desarrazoada, negligente e desidiosa, dentro dos limites das técnicas de controle das omissões, busca-se a efetivação dos direitos fundamentais, seja pelo mandado de injunção (MI), seja pela ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO).¹⁸⁴

Em que pese aos argumentos apresentados pelo autor supra citado, não é possível aquiescer com a atuação ativista do Supremo Tribunal Federal nos casos analisados, considerando-se apenas a omissão, mesmo que desarrazoada, do Poder Legislativo.

Em praticamente todos os votos foi exaltada a antiga posição adotada pelo STF em relação aos efeitos da decisão do mandado de injunção, qual seja, que a decisão dessa ação era meramente declaratória da mora legislativa. Esse primeiro entendimento da Corte tinha como principal argumento o fato de que esse efeito meramente declaratório evitava que o Judiciário invadisse a esfera de competência do Legislativo.

No entanto, como que em um passe de mágica, o princípio da separação dos poderes deixou de ser empecilho e o entendimento dos Ministros se alterou radicalmente, passando a defender que, diante da omissão do Legislativo, surge o “poder-dever” do Judiciário de formular a norma regulamentadora faltante. É interessante notar que os Ministros procuram afastar a hipótese de o Supremo Tribunal Federal estar atuando de forma criativa, chegando até a afirmar que o Tribunal estaria exercendo função normativa, mas nunca função legislativa.

¹⁸⁴ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*, 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.742-743

Não bastasse o Supremo Tribunal Federal determinar a aplicação de uma lei que expressamente determina que não deve ser aplicada às hipóteses de greve de servidores públicos, alguns Ministros, insistindo que não estão usurpando a função legislativa, estabelecem exigências a serem observadas quando da aplicação da lei do serviço privado ao serviço público, bem como criam um conjunto normativo que deve ser aplicado levando em consideração as peculiaridades do serviço público.

É fato que, apesar de existirem diversos projetos de lei, o Congresso Nacional não teve a capacidade de regulamentar e dar efetividade ao direito fundamental de greve dos servidores públicos, previsto constitucionalmente. Da mesma forma, é inquestionável que a omissão desarrazoada do Poder Legislativo na elaboração da norma regulamentadora do direito de greve acarreta um verdadeiro caos, com inúmeras consequências na realidade fática. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal não pode, com a justificativa de estar respeitando a força normativa da Constituição, simplesmente ignorar as esferas de competências dos demais poderes, decidindo de acordo com as variações do seu entendimento.

Nesse sentido, o entendimento de Venice Regina Lírio do Valle é de que a postura ativista do Supremo Tribunal Federal nos casos de desarrazoada omissões legislativas encontra respaldo nas teorias neoconstitucionalistas, bem como possui elementos do pragmatismo:

Mesmo indiretamente, a tese da força normativa da Constituição e o papel de protagonista institucional conferido ao Poder Judiciário pelas teorias neoconstitucionalista fornecem razões teóricas para justificar uma postura ativista pelo tribunal em casos – desarrazoados – de omissão legislativa. Seguindo um viés também pragmático, o Ministro Gilmar Mendes expõe que “nesse contexto, é de se concluir que não se pode considerar simplesmente que a satisfação do exercício do direito de greve pelos servidores públicos civis deva ficar submetido a juízo de oportunidade e conveniência do Poder Legislativo”. A situação fática e as consequências danosas da omissão, fáceis de serem percebidas, alteram significativamente a posição anterior da corte, ainda que marcada por uma perspectiva tópica, ou seja, problemática. Vê-se claramente como a construção pretoriana deu-se a partir dos vários problemas levados à corte pela via do mandado de injunção.¹⁸⁵

Portanto, o que se nota a partir dos votos mais recentes proferidos pelos Ministros do STF no julgamento desses e de muitos outros Mandados de Injunção é que foi adotada uma nova percepção em relação a essa ação constitucional. Logo, o

¹⁸⁵ VALLE, Venice Regina Lírio do (org.). *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal – laboratório de análise jurisprudencial do STF*, Curitiba: Juruá, 2009. p.131-132

Mandado de Injunção deixou de ser visto como a “ação constitucional voltada a tornar viável, no caso concreto, o exercício do direito previsto constitucionalmente e que se encontra obstado por falta de norma regulamentadora”¹⁸⁶, para ser o instrumento utilizado para produzir a norma faltante, sedimentando, assim, o ativismo judicial no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

4.1.4 Mutação Constitucional

A Reclamação 4.335-5/AC foi ajuizada pela Defensoria Pública do Estado do Acre contra a decisão do Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco, no Estado do Acre, que indeferiu o pedido de progressão de regime em favor de vários condenados que cumpriam penas de reclusão em regime inteiramente fechado, em razão da prática de crimes hediondos.

O Reclamante alegou que a decisão proferida pelo STF no HC 82.959/SP (Min. Rel. Marco Aurélio, DJ 01/09/2006), que afastou a vedação de progressão do regime dos condenados pela prática de crimes hediondos por entender ser inconstitucional o art. 2 ,  1 , da Lei 8.072/90, não foi respeitada pelo citado Juiz de Direito da Vara das Execuções.

Ao prestar informações ao Ministro Relator Gilmar Mendes, a autoridade reclamada justificou sua decisão de indeferimento com o argumento de que a mencionada decisão do STF se deu em sede de controle difuso de constitucionalidade, que produz efeitos somente entre as partes (“inter partes”). Assim, para produzir efeitos perante todos (“erga omnes”), seria necessária a comunicação da Corte Suprema ao Senado Federal, que, o seu critério, poderia suspender a execução, no todo ou em parte, da lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Federal, consoante estabelece o art. 52, X, da CF. Logo, como tal comunicação ao Senado não ocorreu, a autoridade reclamante argumentou que o art. 2 ,  1  da Lei 8.072/90 continuava em vigor e deveria ser respeitado.

Em seu voto, o Ministro Relator Gilmar Mendes procurou demonstrar que o instituto previsto no inciso X, do art. 52, da CF, foi introduzido em nosso sistema constitucional por influência do modelo norte-americano de controle difuso de

¹⁸⁶ SILVA, Roberto B. Dias da. *Manual de Direito Constitucional*. Barueri, SP: Manole, 2007. p. 113

constitucionalidade. Como no Brasil o modelo de controle de constitucionalidade é misto (sendo que o controle abstrato foi reforçado com a ampliação do rol de legitimados a propor a ADI), tal dispositivo não teria utilidade. Assim, o Ministro afirmou que “a suspensão pelo Senado assenta-se hoje em razão de índole exclusivamente histórica”.

Após discorrer longamente sobre diversas questões relacionadas ao instituto da suspensão pelo Senado Federal do ato declarado inconstitucional pelo STF, o Ministro defendeu a necessidade de “uma releitura do papel do Senado no processo de controle de constitucionalidade”, concluindo pela mutação do art. 52, X, da Constituição.

O Ministro Relator Gilmar Mendes observou que, em obediência ao princípio da nulidade, ao se declarar a inconstitucionalidade do ato normativo, esse é tido como inexistente e, dessa forma, não caberia ao Senado suspender a sua execução, mas apenas noticiar a declaração de nulidade atribuída pelo STF. Sobre isso, o Ministro afirmou que:

Assim, parece legítimo entender que, hodiernamente, **a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade**. Se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que este publique a decisão no Diário do Congresso. Tal como assente, **não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa força normativa**. (...) Assim, o Senado não terá a faculdade de publicar ou não a decisão, uma vez que não se cuida de uma decisão substantiva, mas de simples dever de publicação, tal como reconhecido a outros órgãos políticos em alguns sistemas constitucionais (...). Portanto, a não-publicação, pelo Senado Federal, de Resolução que, nos termos do art. 52, X, da Constituição, suspenderia a execução da lei declarada inconstitucional pelo STF, não terá o condão de impedir que a decisão do Supremo assuma a sua real eficácia jurídica.¹⁸⁷ (grifo nosso)

Por fim, o Ministro Relator julgou procedente a reclamação, por entender que “a recusa do Juiz de Direito da Vara de Execuções da Comarca de Rio Branco, no Estado do Acre, em conceder o benefício da progressão de regime, nos casos de crimes hediondos, desrespeita a eficácia *erga omnes* que deve ser atribuída à decisão deste Supremo Tribunal Federal, no HC 82.959, que declarou a inconstitucionalidade do artigo 2º, §1º, da Lei 8.072/1990”¹⁸⁸.

¹⁸⁷ Rcl 4335/AC, relator Ministro Gilmar Mendes, 01.02.2007

¹⁸⁸ Rcl 4335/AC, relator Ministro Gilmar Mendes, 01.02.2007

Ao se avaliar o voto proferido pelo Ministro Relator Gilmar Mendes, fica evidente o descumprimento do disposto no art. 52, X, da CF. São apresentadas algumas justificativas, tais como a utilização do citado dispositivo constitucional, pelo Senado Federal, somente em raras situações, a necessidade de nova leitura do dispositivo constitucional, etc. Porém, mesmo levando-se em conta todas as alegações apresentadas, não há como negar que, na realidade, toda a arguição desenvolvida pelo Ministro Relator Gilmar Mendes tinha como única e inquestionável finalidade a não aplicação do dispositivo constitucional discutido.

Pelo entendimento do Ministro Relator, não há qualquer necessidade de o Senado se pronunciar para suspender os efeitos da decisão de inconstitucionalidade declarada pelo STF. Logo, segundo o seu entendimento, ao se tratar de controle difuso de constitucionalidade, não é necessária qualquer interferência do Legislativo para que a decisão de inconstitucionalidade produza efeitos *erga omnes*. Mas como fica o artigo 52, X, da CF, que dispõe que “compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”?

Para o Ministro Relator Gilmar Mendes a resposta é simples: basta interpretar esse dispositivo sob uma nova ótica, concluindo que a função do Senado nesses casos é de simplesmente dar publicidade à decisão proferida pelo Judiciário, ou seja, compete ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da execução de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Isso porque a própria decisão do STF teria força normativa para suspender a execução da lei declarada inconstitucional.

Diante desse entendimento, impossível não vislumbrar uma autêntica mutação constitucional: o mesmo enunciado normativo previsto na Constituição passa a ter novo sentido, independentemente da alteração do seu texto. Importante ressaltar, entretanto, que há posicionamento no sentido de que a interpretação desenvolvida pelo Ministro Gilmar Mendes configura uma verdadeira violação ao texto constitucional, já que seu entendimento não se encaixa de modo algum no texto da norma

Ressalte-se, outrossim, que, no raciocínio desenvolvido pelo Ministro Relator, o princípio da separação dos poderes é mais uma vez posto de lado, já que o Judiciário declara a inconstitucionalidade de leis independentemente de qualquer manifestação do Legislativo.

Note-se, ainda, que, no voto apresentado, a força normativa da Constituição perde espaço para a alegada “força normativa da decisão do Supremo Tribunal Federal”. A decisão do Supremo Tribunal Federal, estaria, dessa forma, acima do que dispõe a própria Constituição?! Lenio Streck se manifesta nessa mesma linha de pensamento:

Deixar de aplicar o artigo 52, X, significa não só abrir precedente de não cumprimento de norma constitucional – enfraquecendo sobremodo a força normativa da Constituição – mas também suportar as conseqüências, *uma vez que a integridade também supõe integridade da própria Constituição*. E, não se pode esquecer que a não aplicação de uma norma é uma forma de aplicação. Incorreta. Mas é.¹⁸⁹

Em seu voto-vista, o Ministro Eros Grau também manifestou o seu juízo a respeito do tema. Ele observou que o Ministro Relator Gilmar Mendes, ao interpretar o art. 52, X, da CF, não se limitou a interpretar o texto, indo muito além, propondo a substituição de um texto normativo por outro, configurando, portanto, um quadro de mutação constitucional. Logo, o Ministro Eros Grau apontou a mudança de sentido do dispositivo constitucional discutido:

“compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal” a outro texto “compete privativamente ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo Supremo Tribunal Federal, de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo”¹⁹⁰ (grifo nosso)

O Ministro Eros Grau assegurou que o texto do inciso X do art. 52 da Constituição é obsoleto e que o novo texto, fruto da mutação constitucional desenvolvida pelo Ministro Relator Gilmar Mendes, “é plenamente adequado ao espaço semântico constitucional”¹⁹¹. Dessa forma, o Ministro Eros Grau julgou procedente a reclamação, reiterando a tese desenvolvida pelo Ministro Relator.

O julgamento da presente Reclamação foi interrompido em 19 de abril de 2007, com o pedido de vista do Ministro Ricardo Lewandowski. Antes disso, porém, o Ministro Sepúlveda Pertence julgou improcedente a reclamação, mas concedeu

¹⁸⁹ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni; LIMA, Martonio M'ont Alverne Barreto. *A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional*. (Disponível em <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10253/a-nova-perspectiva-do-supremo-tribunal-federal-sobre-o-controle-difuso>> Acesso em: 05 mai.2001.

¹⁹⁰ Rcl 4335/AC, relator Ministro Gilmar Mendes, 01.02.2007

¹⁹¹ Rcl 4335/AC, relator Ministro Gilmar Mendes, 01.02.2007

habeas corpus de ofício para que o juiz analisasse os demais requisitos para deferimento da progressão, e o Ministro Joaquim Barbosa não conheceu da reclamação, mas também concedeu o *habeas corpus*.

Até o momento o julgamento não foi retomado. Resta saber, portanto, se os demais Ministros do Supremo Tribunal Federal também pronunciarão decisões que desconsideram por completo a supremacia da Constituição, a sua força normativa e o princípio da separação dos poderes do Estado.

CONCLUSÃO

Considerando os fatores econômicos, políticos, sociais e culturais da época presente, a teoria da Separação dos Poderes do Estado, desenvolvida por Montesquieu no século XVIII, tornou-se inadequada e obsoleta. Não havendo mais espaço para a citada teoria em seu molde original, foi necessária sua flexibilização para adequá-la ao bom desenvolvimento das atividades do Estado contemporâneo. Dessa forma, seus conceitos foram ampliados, admitindo-se novas formas de relacionamento entre os Poderes do Estado.

Adotada sob a forma de princípio, a citada teoria, agora reformulada, permaneceu nas Constituições com a idéia de colaboração e equilíbrio entre os Poderes do Estado. No entanto, a sua flexibilização não implicou o abandono de suas premissas fundamentais, o que a desnaturaria por completo. Portanto, apesar de sua mitigação, do abandono da rigidez que outrora a caracterizava, em sua nova perspectiva os três Poderes do Estado continuam independentes, ou seja, continuam a possuir autonomia para se auto organizar e realizar as suas funções sem a necessidade de subordinar-se a nenhum outro poder, devendo somente observância à lei. Assim, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário continuam a desempenhar suas funções típicas, uma vez que “sempre haverá um núcleo essencial da função que não é passível de ser exercido senão pelo Poder competente”.¹⁹²

Os contextos sócio-econômico, político e cultural, juntamente com a evolução do pensamento doutrinário e jurisprudencial, impulsionaram também a reformulação da interpretação da Constituição e, por consequência, o desenvolvimento de uma nova hermenêutica constitucional. Com isso, aos métodos clássicos de interpretação foram somados outros novos, assim como foram desenvolvidas novas técnicas e criados novos princípios de interpretação constitucional.

A reformulação da teoria da separação dos Poderes do Estado bem como o desenvolvimento da nova hermenêutica constitucional serviram de base para o Poder Judiciário ampliar as suas formas de atuação, expandindo, por consequência, o âmbito de sua própria competência, e invadindo, muitas vezes, a área de competência dos demais Poderes. Essa ingerência do Poder Judiciário na esfera de

¹⁹² RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial – Parâmetros dogmáticos*, Saraiva, 2010, p.116

competência dos demais Poderes é uma das formas de manifestação do fenômeno chamado de ativismo judicial.

Nesse sentido, as decisões proferidas pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal nos últimos anos têm dado claros sinais da existência de ativismo judicial no âmbito dessa Corte. Tal fato se comprova pela análise dos votos proferidos pelos seus Ministros nos casos como a Reclamação 4.335-5/AC, a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.2.240-7/BA, os Mandados de Seguranças n. 26.602/DF, 26.603/DF e 26.604/DF e o Mandado de Injunção 670-9/ES. Diante desses e de muitos outros casos emblemáticos julgados pelo STF, fica fácil notar que suas decisões têm excedido as fronteiras de sua competência, interferindo na esfera de atuação dos demais Poderes.

Mais o que tem levado a Corte Constitucional de nosso país a agir dessa forma? Um dos motivos apontados é o fato de o Supremo Tribunal Federal, ao contrário das demais Cortes Constitucionais do resto do mundo, além de controlar a constitucionalidade dos atos normativos, funcionar também como última instância recursal. Dessa forma, os casos submetidos a sua análise não abordam somente matéria jurídica, mas também temas políticos, sociais, morais e até econômicos.

Ocorre que, ao se deparar com essas questões, o Supremo Tribunal Federal tem se negado a adotar uma postura passiva. Assim, o fato de o caso analisado não envolver somente questões jurídicas não têm impedido a Corte de apreciá-lo e julgá-lo. Logo, as decisões prolatadas pelo STF abarcam temas diversos, muitas vezes de cunho político, ocasionando a judicialização da Política, ou seja, decisões que antes eram de competência dos outros Poderes do Estado passam a ser tomadas pelo Judiciário.

Esquivando-nos de uma análise mais profunda a respeito das causas que levam o Supremo Tribunal Federal a atuar dessa forma, o que importa ressaltar é que as manifestações de ativismo judicial nessa Corte se evidenciam quando se trata de interpretação constitucional, já que muitas vezes os Ministros não se limitam a interpretar e aplicar os dispositivos Constitucionais aos casos concretos.

Nesse sentido, tem sido frequente a alegação de que alguns dispositivos constitucionais se encontram obsoletos, isto é, que eles não comportam mais a mesma interpretação que em época passada, com outros problemas sociais, econômicos e políticos, comportavam. A solução encontrada pelos Ministros do STF para solucionar essa dificuldade é a mutação constitucional: atribuir-se novo

significado a um dispositivo constitucional sem que o seu texto seja modificado, com isso solucionando-se o caso concreto e dando-se a maior efetividade possível ao que estabelece a Constituição. Frise-se que para muitos essa solução adotada pelos Ministros configura uma verdadeira violação do texto constitucional, porquanto a interpretação feita pelos Ministros não se adequa de modo algum ao texto da norma.

Essa posição adotada pelos Ministros encontra respaldo na nova hermenêutica constitucional. Nessa nova fase da interpretação, o juiz, intérprete da Constituição, passou a desenvolver atividade que vai além da sua atuação técnica de desvendar o sentido do conteúdo normativo. Ao se deparar com enunciados normativos abertos, com conceitos jurídicos indeterminados, que exigem o exercício de valoração de significados, o intérprete constitucional opta por aquele que dá maior efetividade ao dispositivo interpretado. A tarefa do juiz, portanto, ultrapassa a função outrora vista como mecânica para assumir contornos de participação do processo de criação do direito.

Na argumentação desenvolvida pelos Ministros há também, sem sombra de dúvida, elementos do pensamento pragmatista. Não são raras as vezes em que os Ministros do Supremo Tribunal Federal proferem decisões que levam em consideração o contexto do problema, a situação do caso concreto. Há uma preocupação com o lado prático, com as consequências que poderão advir de suas decisões.

No caso da mutação constitucional, não estaria o STF atuando como se fosse o Poder Constituinte Originário? E no caso da criação do direito, não estaria interferindo diretamente na esfera de competência do Poder Legislativo? Há também os casos que não foram citados em que o STF profere decisões que invadem o âmbito de atuação do Executivo. A resposta para essas questões tem sido positiva, o que demonstra que o Judiciário está conquistando cada vez mais espaço no cenário nacional e que talvez estejamos caminhando para um governo de juízes, para uma supremocracia.¹⁹³

Portanto, é indiscutível a presença de ativismo judicial no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Da mesma forma, é impossível ignorar as consequências dessa

¹⁹³ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. (Disponível em: <http://www.direitogv.com.br/subportais/publica%C3%A7%C3%B5e/RD-08_6_441_464_Supremocracia_Oscar%20Vilhena%20Vieira.pdf> Acesso em: 10 abr 2011)

forma de atuação da Corte Suprema, sejam elas positivas ou negativas. Entretanto, mesmo com todas as objeções existentes a respeito do ativismo judicial, o que não se pode ignorar é que as decisões ativistas do STF têm resolvido muitos problemas econômicos, políticos e sociais, que, a dependerem da boa vontade do Legislador, da observância de exigências formais, de existência de verbas, não seriam solucionadas de forma tão rápida e eficiente.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARISTÓTELES, *A Política*, Trad. de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fortes, 1991.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. (Disponível em <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em 23 mar. 2011)

_____; BARCELLOS, Ana Paula. *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. (Disponível em: <http://www.fempaprp.org.br/userfiles/file/texto_principios_constitucionais_barroso.pdf> Acesso em: 10 mar.2011)

BONAVIDES, Paulo. *Teoria Geral do Estado*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. ver. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição aberta e os direitos fundamentais – ensaio sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CLEVÊ, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Ativismo judicial ou criação judicial do direito?* (disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/ativismo-judicial-ou-criacao-judicial-do-direito>> Acesso em: 23 mar.2011)

CRISAFULLI, V. *Comentário breve alla Costituzione*. Pádua: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1990

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ERDERLYI, Maria Fernanda. *Gilmar Mendes rebate críticas ao ativismo judicial do STF em matéria política* (Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2008-abr-24/gilmar-rebate-criticas-ativismo-stf-materia-politica>> Acesso em: 12 abr.2011)

FERNANDEZ, Atahualpa. *Ativismo judicial*. (Disponível em : <[http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/6358/Ativismo Judicial](http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/6358/Ativismo_Judicial)> Acesso em: 02 abr.2011)

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. *O STF está assumindo um "ativismo judicial" sem precedentes?*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 16 out. 2009. (Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.25162>> Acesso em: 12 abr. 2011)

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*, 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MAIA, Roberta Figueiredo Tigre. *Linhas Gerais do Pragmatismo*. (Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2007/Discentes/tigre-maia.pdf> Acesso em 26 abr. 2011)

MARTIGNAGO, Gisela. *Controle de constitucionalidade e ativismo judicial*. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) Faculdade de Direito. Pontifca Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. (Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=9511> Acesso em: 12 abr. 2011)

MELLO, Celso Antonio Bandeira de, *Curso de Direito Administrativo*, 20ª edição, São Paulo: Malheiros, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires Coelho; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MONTESQUIEU, *Do espírito das leis*. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues, 1º vol. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1962.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Método, 2009.

PEREIRA, Carlos; MUELLER, Bernardo. *Uma teoria da preponderância do Poder Executivo. O sistema de comissões no Legislativo brasileiro*, in *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 15, nº 43, junho/2000.

NOBRE JUNIOR, Edson Pereira. Sentenças aditivas e o mito do legislador negativo, in *Revista de Informação Legislativa*, a.43, n.170, abr/jun. 2006.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial – Parâmetros dogmáticos*, Saraiva, 2010.

SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 32ª edição. São Paulo:Malheiros, 2009.

SILVA, Roberto B. Dias da, *Manual de Direito Constitucional*, São Paulo: Manole, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. In: *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n. 1, Del Rey, jan.-jul./2003.

SORMANI, Alexandre. *Inovações da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade: uma visão crítica da Lei nº 9868/99 sob o viés do princípio da segurança jurídica*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni; LIMA, Martonio M'ont Alverne Barreto. *A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional*. (Disponível em <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10253/a-nova-perspectiva-do-supremo-tribunal-federal-sobre-o-controle-difuso>> Acesso em: 05 mai. 2001).

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*, 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (org). *Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal – laboratório de análise jurisprudencial do STF*, Curitiba: Juruá, 2009.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. (Disponível em: <http://www.direitogv.com.br/subportais/publica%C3%A7%C3%B5e/RD-08_6_441_464_Supremocracia_Oscar%20Vilhena%20Vieira.pdf> Acesso em: 10 abr. 2011)