

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”  
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM  
CURSO DE DIREITO

**MARIA CRISTINA LIMA DE MORI**

**O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O ATIVISMO JUDICIAL:  
LIMITES E POSSIBILIDADES**

MARÍLIA  
2012

MARIA CRISTINA LIMA DE MORI

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O ATIVISMO JUDICIAL:  
LIMITES E POSSIBILIDADES

Trabalho de Curso apresentado ao Curso de Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador:  
Prof. Dr. EDINILSON DONISETTE MACHADO

MARÍLIA  
2012

Mori, Maria Cristina Lima de

O Supremo Tribunal Federal e o ativismo judicial: limites e possibilidades / Maria Cristina Lima de Mori; orientador: Edinilson Donisete Machado. Marília, SP: [s.n.], 2012.

70 f.

Trabalho de Curso (Graduação em Direito) - Curso de Direito, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília –UNIVEM, Marília, 2012.

1. Controle de constitucionalidade. 2. Jurisdição constitucional. 3. Ativismo judicial. 4. Supremo Tribunal Federal.

CDD 341.4192



FUNDAÇÃO DE ENSINO "EURÍPIDES SOARES DA ROCHA"

MANTENEDORA DO CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM

Curso de Direito

**Maria Cristina Lima de Mori**

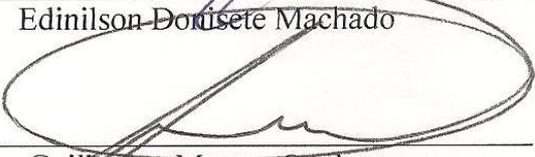
RA: 22292-5

**O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O ATIVISMO JUDICIAL:  
LIMITES E POSSIBILIDADES**

Banca examinadora do Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Programa de Graduação em Direito da UNIVEM, F.E.E.S.R, para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Nota: 10,0

ORIENTADOR(A):   
Edinilson Donisete Machado

1º EXAMINADOR(A):   
Guilherme Moraes Cardoso

2º EXAMINADOR(A):   
Vivianne Rigoldi

Marília, 29 de novembro de 2012.

*Ao meu esposo, Marcos,  
pelo amor, carinho, apoio e  
compreensão.*

*Ao meu filho, Eduardo, luz  
da minha vida.*

## AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, a Deus, que sempre iluminou o meu caminho e me concedeu a força e a saúde necessárias para que eu pudesse concluir esta importante etapa da minha vida.

Ao meu esposo, Marcos, a quem amo e que, durante esta jornada, soube me dar todo o apoio necessário para que eu seguisse em frente. Seu amor foi essencial.

Ao meu filho, Eduardo, por sempre trazer amor e alegria à minha vida.

Aos meus pais, Antonio e Maria José, pelo amor incondicional e por terem me transmitido os valores que norteiam a minha vida.

À minha querida irmã, Cidinha, por acreditar em mim, sempre, e me ajudar a acreditar também.

À minha querida avó, Antonia, pelo carinho e pelas orações.

À minha amiga, Darlene Franco, pela amizade sempre presente.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado, por sua disposição em me orientar para a conclusão deste trabalho.

A todos os professores, que durante este Curso transmitiram o seu conhecimento, enriquecendo a minha vida acadêmica e profissional.

A todos os colegas de turma, que comigo vivenciaram as mesmas alegrias e dificuldades.

"Se não houver frutos, valeu a beleza das flores; se não houver flores, valeu a sombra das folhas; se não houver folhas, valeu a intenção da semente."

Henfil

MORI, Maria Cristina Lima de. **O Supremo Tribunal Federal e o ativismo judicial: limites e possibilidades.** 2012. 70 f. Trabalho de Curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2012.

## RESUMO

Para assegurar a observância do princípio da supremacia da Constituição, a própria Carta Magna cria instrumentos de defesa, entre eles o controle judicial de constitucionalidade dos atos normativos, exercido através da jurisdição constitucional, que corresponde à atividade de interpretação e aplicação da Constituição. As duas principais espécies de controle são o difuso, que é exercido por todos os juízes e tribunais, e o concentrado, exercido por um único órgão. O órgão incumbido do controle concentrado é o Tribunal Constitucional, que, no contexto jurídico brasileiro, trata-se do Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua é a guarda da Constituição. Na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal, é possível verificar que em alguns julgamentos, aquela Corte Constitucional, no exercício do controle de constitucionalidade, acaba por interferir no campo de atuação do Poder Legislativo, conferindo às suas decisões caráter normativo, criando direitos, extrapolando sua competência típica. Esse fenômeno, denominado ativismo judicial, é impulsionado por diversos fatores, entre eles a ineficiência do Poder Legislativo. A prática do ativismo é vista com certa preocupação pela sociedade, como uma possível ameaça à democracia, especialmente quando confrontado com o princípio da separação dos Poderes, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Por outro lado, busca-se justificar o ativismo judicial como necessário para a tutela do direito das minorias. O oposto do ativismo é a autocontenção judicial, em que o Poder Judiciário evita proferir decisões que interfiram no campo de atuação de outro Poder. A autocontenção é vista como regra a ser observada, admitindo-se, porém, o ativismo em situações em que este seja necessário para a garantia dos direitos fundamentais. Em outras situações, o Poder Judiciário deve agir com deferência em relação aos demais Poderes. O ativismo judicial deve estar sujeito a limites impostos pela própria Constituição.

**Palavras-chave:** Controle de constitucionalidade. Jurisdição constitucional. Ativismo judicial. Supremo Tribunal Federal.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	7
<b>CAPÍTULO 1 – CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....</b>	<b>9</b>
1.1 Origens do controle judicial de constitucionalidade .....	11
1.2 Sistema difuso de controle de constitucionalidade .....	12
1.3 Sistema concentrado de controle de constitucionalidade .....	15
1.4 Instrumentos processuais de controle concentrado de constitucionalidade .....	16
1.5 Mandado de injunção .....	18
1.6 Inconstitucionalidade por ação e inconstitucionalidade por omissão .....	20
<b>CAPÍTULO 2 – JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.....</b>	<b>23</b>
2.1 Conceito de jurisdição constitucional .....	23
2.2 Tribunal Constitucional e Suprema Corte .....	24
2.3 O Supremo Tribunal Federal enquanto corte constitucional .....	26
2.3.1 Breve Histórico.....	27
2.3.2 Estrutura e Organização .....	28
2.3.3 Competência.....	29
2.4 Natureza jurídica do Tribunal Constitucional.....	31
2.5 Legitimidade democrática do Tribunal Constitucional .....	34
<b>CAPÍTULO 3 – O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SEU ATIVISMO.....</b>	<b>38</b>
3.1 Concepções de ativismo judicial.....	39
3.2 Autocontenção judicial e ativismo judicial .....	41
3.3 O Ativismo judicial ante o princípio da separação dos poderes .....	42
3.4 Fatores que favorecem a prática do ativismo judicial no contexto da jurisdição constitucional no Brasil.....	47
3.5 A tutela do direito das minorias como justificativa para o ativismo judicial .....	49
3.6 O ativismo na recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.....	50
3.6.1 A doutrina brasileira do <i>habeas corpus</i> .....	50
3.6.2 Regulamentação do direito de greve dos servidores públicos.....	52
3.6.3 Proibição do nepotismo no serviço público .....	54
3.6.4 Reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar.....	55
3.6.5 Perda do mandato eletivo por desfiliação partidária.....	57
3.7 Limites e possibilidades do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal.....	60
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>63</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>66</b>

## INTRODUÇÃO

A Carta Magna de 1988 atribuiu ao Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do Poder Judiciário, a função precípua de guardião da Constituição. Como consequência, compete-lhe exercer, em última instância, o controle difuso de constitucionalidade e, em caráter exclusivo, o controle concentrado de constitucionalidade dos atos dos demais Poderes.

Legislar, por sua vez, não é função típica do Poder Judiciário. Tal função compete ao Poder Legislativo, composto por representantes eleitos diretamente pelo povo, através do voto.

Entretanto, o Poder Legislativo nem sempre corresponde aos anseios da coletividade. O legislador, valendo-se de sua discricionariedade legislativa, ora deixa de editar as normas necessárias à concretização dos preceitos fundamentais contidos na Carta Magna, ora cria normas em desconformidade com o texto constitucional.

Em tais situações, frente à demanda da sociedade, que reclama a efetividade dos direitos fundamentais, o Supremo Tribunal Federal tem sido provocado a decidir sobre diversas questões de índole constitucional, envolvendo matérias políticas, morais, econômicas, científicas, ambientais, entre outras.

Em determinados julgados, alguns dos quais serão objeto de análise neste trabalho, o Supremo Tribunal Federal, ao exercer o controle de constitucionalidade, confere efeitos normativos às suas decisões e cria direitos, extrapolando, assim, sua competência típica e interferindo no campo de atuação do Poder Legislativo.

Verifica-se, nesse comportamento afirmativo do Supremo Tribunal Federal, a ocorrência do fenômeno denominado ativismo judicial, que, segundo Barroso (2010, p. 10), consiste em “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”.

O ativismo judicial tem sido visto com certa preocupação pela sociedade, como uma possível ameaça à democracia, especialmente quando confrontado com o princípio da separação dos Poderes, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, consagrado como cláusula pétrea pela Constituição Federal.

Este trabalho de pesquisa, realizada pelo método hipotético-dedutivo, utilizando-se de fontes bibliográfica e documental, objetiva a análise do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal, com o intuito de verificar as possibilidades e os limites de sua prática.

O estudo do tema é relevante, pois contribuirá para melhor compreensão do ativismo

judicial praticado pelo Supremo Tribunal Federal, órgão que decide, em última instância, questões fundamentais para o Direito e para a sociedade em geral. A identificação dos limites e possibilidades do fenômeno dará contribuições para determinar com maior precisão o papel do Tribunal Constitucional no Estado Democrático de Direito.

Para tanto, inicia-se o primeiro capítulo tratando do controle de constitucionalidade, que é um dos instrumentos criados pela própria Constituição para a preservação de sua supremacia. Nessa abordagem, serão verificadas as origens dos sistemas de controle de constitucionalidade, bem como as particularidades dos principais sistemas existentes: o difuso e o concentrado. Ainda nesse capítulo, serão estudados os instrumentos processuais pelos quais se realiza o controle de constitucionalidade, encerrando-se com o estudo das duas hipóteses de violação da Constituição: a inconstitucionalidade por ação e a inconstitucionalidade por omissão.

Em seguida, será analisada, no segundo capítulo, a jurisdição constitucional, com ênfase no Tribunal Constitucional, órgão incumbido de exercer essa jurisdição, a qual abrange, entre outras atividades, o controle concentrado de constitucionalidade, principal meio de defesa dos preceitos estabelecidos na Lei Maior.

Partindo do estudo do Tribunal Constitucional, passando pela diferenciação deste em relação à Suprema Corte, será abordado o Supremo Tribunal Federal enquanto corte constitucional, estudando-se sua evolução histórica, estrutura, organização e competência, para culminar com a análise da natureza jurídica do Tribunal Constitucional e de sua legitimidade democrática.

O objeto de estudo do terceiro e último capítulo será o ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. Parte-se da análise das concepções do ativismo judicial, para apresentar o seu conceito, espécies e caracterização. Aprofundando o estudo do tema, será feita uma análise comparativa entre a autocontenção judicial e o ativismo judicial. O capítulo abordará ainda o princípio da separação dos poderes e como ele pode ser abalado pela prática de um ativismo judicial que não obedeça a limites. Questão igualmente importante a ser tratada refere-se ao direito das minorias, cuja defesa, em muitos casos, é invocada como justificativa para a atuação mais afirmativa do Judiciário, interpretada como atividade criativa do direito.

Por fim, realizar-se-á uma detida avaliação da recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, para nela identificar a presença do fenômeno do ativismo judicial, culminando com a análise dos limites e possibilidades da postura ativista no âmbito daquela Corte Constitucional.

## CAPÍTULO 1 – CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O ordenamento jurídico consiste em um sistema hierárquico de normas e a Constituição, por conter as normas fundamentais do Estado, encontra-se no topo desse sistema.

A superioridade da Carta Magna em relação aos demais atos normativos resulta do princípio da supremacia constitucional, segundo o qual a Constituição é a lei fundamental e suprema do Estado.

Em razão dessa supremacia, a Constituição não pode ser contrariada por uma norma hierarquicamente inferior. Ao contrário, todas as outras normas devem estar em conformidade com os preceitos constitucionais e neles encontrar seu fundamento de validade.

Segundo Barroso (2011, p. 23):

A supremacia da Constituição revela sua posição hierárquica mais elevada dentro do sistema, que se estrutura de forma escalonada em diferentes níveis. É ela o fundamento de validade de todas as demais normas. Por força dessa supremacia, nenhuma lei ou ato normativo – na verdade, nenhum ato jurídico – poderá subsistir validamente se estiver em desconformidade com a Constituição.

Para garantir a preservação da supremacia da norma constitucional, é necessário verificar a adequação das normas inferiores aos preceitos estabelecidos pela Lei Maior, o que se faz por meio de mecanismos de controle de constitucionalidade.

A existência de um sistema de controle de constitucionalidade pressupõe a rigidez constitucional, que se caracteriza pela exigência de um processo de elaboração mais complexo do que aquele necessário para gerar as normas comuns.

Clève (1995, p. 26), tratando da rigidez constitucional, afirma que esta autoriza a “distinção entre a obra do Constituinte e a obra do Legislador. A segunda, encontrando seu parâmetro de validade na primeira, não pode, quer sob o prisma material, quer sob o prisma formal, ignorá-la”.

Outro pressuposto para a existência de um sistema de controle de constitucionalidade é a previsão de pelo menos um órgão incumbido de exercer tal atribuição.

O controle da constitucionalidade dos atos normativos pode ser realizado tanto de forma preventiva, como de forma repressiva.

Na forma preventiva, o controle é realizado durante o processo legislativo e tem como objetivo impedir que um ato inconstitucional entre em vigor. Trata-se de um controle prévio, de natureza política.

Para ingressar no ordenamento jurídico, as leis devem observar o processo legislativo, de acordo com o procedimento estabelecido pela Constituição Federal.

No sistema brasileiro, o controle preventivo pode ser feito tanto pelo Poder Legislativo, como pelo Poder Executivo.

No âmbito do Poder Legislativo, o controle é realizado pelas comissões de constituição e justiça existentes nas casas legislativas. Cabe a essas comissões a manifestação acerca da constitucionalidade da espécie normativa. No âmbito do Poder Executivo, o controle é efetuado após a aprovação na casa legislativa. Nessa oportunidade, o Chefe do Poder Executivo pode vetar o projeto aprovado pelo Poder Legislativo, fundamentando o veto na inconstitucionalidade do ato (BARROSO, 2011, p. 67).

Como se vê, o controle preventivo é realizado durante o processo legislativo. O controle repressivo, por sua vez, é realizado depois que a lei já entrou em vigor. Se a norma é inconstitucional, deve perder sua eficácia e ser retirada do ordenamento jurídico.

No Brasil, o controle repressivo é exercido, em regra, pelo Poder Judiciário, que o faz por meio da jurisdição constitucional, e pode ser realizado tanto por um único órgão (controle concentrado), como por qualquer juiz ou tribunal (controle difuso).

Barroso (2011, p. 68) salienta que há alguns mecanismos excepcionais em que pode haver “atuação repressiva pelo Legislativo (como a possibilidade de sustar atos normativos exorbitantes editados pelo Executivo) e pelo Executivo (como a recusa direta em aplicar norma inconstitucional)”. Ressalta-se, porém, que se houver controvérsia acerca da interpretação da norma constitucional, a questão deverá ser dirimida pelo Poder Judiciário.

Como afirma Tavares (1998, p. 9), o controle jurisdicional de constitucionalidade é o que “causa as maiores distorções acerca dos limites da atuação jurisdicional no Estado Democrático de Direito”.

Nessa forma de controle, por vezes, manifesta-se o fenômeno do ativismo judicial, que adquire maior relevância quando verificado em decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, porque a este incumbe, precipuamente, a guarda da Constituição, lei fundamental do Estado.

Para melhor compreensão do ativismo judicial no âmbito do Supremo Tribunal Federal, faz-se necessário conhecer as origens dos sistemas de controle judicial de constitucionalidade e detalhar as duas principais espécies de controle existentes (difuso e concentrado), o que será feito nos próximos tópicos, dando-se também atenção aos instrumentos de controle e às formas pelas quais a Constituição pode ser contrariada (inconstitucionalidade por ação e inconstitucionalidade por omissão).

## 1.1 Origens do controle judicial de constitucionalidade

O controle judicial de constitucionalidade teve origem nos Estados Unidos da América, na célebre decisão proferida pela Suprema Corte Americana, presidida por John Marshall, no caso *Marbury v. Madison*, em 1803.

Naquela ocasião, embora a Constituição norte-americana não mencionasse expressamente um sistema de controle de constitucionalidade, Marshall inaugurou o controle repressivo judicial, ao reputar inconstitucional a seção 13 do *Judiciary Act* de 1789, que indevidamente havia ampliado a competência originária da Corte. Afirmou Marshall que uma lei ordinária não poderia outorgar à Corte uma nova competência originária que não constasse do texto constitucional.

Sobre o assunto, afirma Mendes (2008, p. 15):

A revisão constitucional não nasceu de uma previsão expressa da Constituição, à diferença de outros países que o adotaram depois. Os pais fundadores tiveram a criatividade de, numa norma escrita, discernir dois tempos políticos e decisórios: o da política ordinária e o da política constituinte. Nada disseram sobre o controle de constitucionalidade. A menção de que a Constituição é a lei suprema e que cabe ao judiciário velar por ela abriu uma possibilidade interpretativa. Foi Marshall, num contestado exercício de lógica a partir destas duas premissas, quem tomou a iniciativa de decidir contra o legislador.

Ao expor suas razões, Marshall apontou três grandes fundamentos que justificam o controle judicial de constitucionalidade: a supremacia da Constituição, a nulidade da lei que contrarie a Constituição e a competência do Poder Judiciário para interpretação final da Constituição (BARROSO, 2011, p. 30).

Após a inauguração do modelo difuso americano, somente em 1920 ocorreu uma mudança significativa, com o surgimento, na Áustria, do modelo concentrado de controle de constitucionalidade, por meio da criação do Tribunal Constitucional, com exclusividade para o exercício do controle judicial de constitucionalidade das leis e atos normativos.

O novo modelo diferenciava-se do sistema americano, uma vez que não visava à resolução de casos concretos, mas a anulação genérica da lei incompatível com as normas constitucionais.

No decorrer do século XX, diversos países instituíram o controle concentrado de constitucionalidade, mencionando-o expressamente no texto constitucional.

Para Mendes (2008, p. 16-17), o cenário contemporâneo do controle de constitucionalidade possui quatro matrizes:

A primeira matriz é a americana, que criou o modelo difuso e confere a cada juiz esse poder de não aplicar a lei se considera-la inconstitucional. A segunda série é a austríaca, que não distribui essa competência por todo o Poder Judiciário, mas o concentra num Tribunal constitucional que faz o controle abstrato das leis. A terceira seria a França. Esse país adotou, por meio da Constituição da Quinta República, de 1958, um controle de constitucionalidade não jurisdicional, exercido pelo Conselho Constitucional. Esse órgão faz um exame de constitucionalidade unicamente preventivo, no bojo do processo legislativo. Antes, portanto, da promulgação da lei. No outro extremo, o modelo inglês, desprovido de qualquer controle de constitucionalidade e de uma Constituição escrita. Nesta escala, vai-se de uma ponta na qual o controle é disseminado por todo o Poder Judiciário, até a outra na qual o mecanismo simplesmente não existe.

No Brasil, a Constituição Imperial de 1824 não contemplava qualquer sistema de controle de constitucionalidade.

Somente com o advento da Constituição Republicana, em 1891, o sistema jurisdicional de controle de constitucionalidade passou a integrar nosso ordenamento jurídico, reconhecendo-se a competência do Poder Judiciário para recusar aplicabilidade a atos inconstitucionais, tanto do Poder Executivo como do Legislativo.

Importante ainda destacar que a Lei 221, de 20 de novembro de 1894, que concedeu competência aos juízes e tribunais para recusar a aplicação das leis manifestamente inconstitucionais, é considerada por diversos constitucionalistas como um marco importante para a concretização do controle de constitucionalidade difuso no ordenamento jurídico brasileiro (BONAVIDES, 2011, p. 327).

As constituições posteriores, inclusive a atual Carta Magna, promulgada em 1988, mantiveram o sistema de controle de constitucionalidade instituído pela Constituição de 1891, introduzindo algumas modificações.

Atualmente, o sistema de controle jurisdicional de constitucionalidade brasileiro é misto, porque combina os dois principais modelos, o difuso e o concentrado.

## **1.2 Sistema difuso de controle de constitucionalidade**

O sistema difuso caracteriza-se pela atribuição do controle de constitucionalidade a todos os órgãos do Poder Judiciário.

Conforme ensina Barroso (2011, p. 69), no modelo difuso, “sendo a Constituição uma lei, e uma lei dotada de supremacia, cabe a todos os juízes interpretá-la, inclusive negando aplicação às normas infraconstitucionais que com ela conflitem”.

No Brasil, realiza-se por meio do método difuso a fiscalização de constitucionalidade

por via incidental, também chamada de via de exceção ou defesa.

No entanto, cabe destacar que, conceitualmente, o controle por via incidental e o controle difuso não se confundem, como alerta Barroso (2011, p. 72), uma vez que, embora a correlação entre ambos exista no Brasil, o mesmo não ocorre em outros países, tais como Áustria, Alemanha, Itália e Espanha, onde a questão de constitucionalidade suscitada por via incidental conduz a uma fiscalização concentrada (CLÈVE, 1995, p. 61).

No controle por via incidental, como leciona Clève (1995, p. 60), a inconstitucionalidade da norma é suscitada, incidentalmente, no curso de um caso concreto submetido à apreciação do Judiciário.

Por ser realizado de forma difusa, o controle incidental possibilita que qualquer interessado suscite a questão de inconstitucionalidade, em qualquer processo, seja de que natureza for, qualquer que seja o juízo (SILVA, 2006, p. 51). Cada juiz, por sua vez, pode deixar de aplicar, ao caso concreto que for submetido à sua apreciação, uma determinada norma jurídica, quando a considere inconstitucional (TAVARAES, 1998, p. 13).

Porém, a questão constitucional, nesse caso, aparece como questão prejudicial e não como questão principal no processo. Deve, necessariamente, haver um litígio, cuja solução dependa do pronunciamento sobre a constitucionalidade de determinado ato normativo.

Mendes (1990, p. 199) anota que não é indispensável que haja alegação dos litigantes. Pode o juiz ou tribunal recusar, de ofício, a aplicação da lei que considere inconstitucional.

A possibilidade de arguição de inconstitucionalidade não se limita aos casos em que esta seja necessária como tese de defesa, mas também pode fundamentar a pretensão do autor em uma ação. A título de exemplo, Barroso (2011, p. 112) cita a possibilidade de um contribuinte, por meio de um mandado de segurança preventivo, procurar eximir-se do recolhimento de tributo instituído por lei, cuja constitucionalidade é questionável.

Considerando que no sistema difuso, o controle é exercido por todos os órgãos do Poder Judiciário, a Corte Constitucional representa mais uma fase, ao lado das outras, mas como o último patamar de averiguação da constitucionalidade (TAVARES, 1998, p. 13). Isso significa dizer que, no sistema pátrio, o Supremo Tribunal Federal também realiza a fiscalização incidental e difusa de constitucionalidade, seja nos processos de sua competência originária, seja na apreciação de recursos ordinário e extraordinário.

No controle por via incidental, ainda que proferida pelo Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário, a decisão judicial que declara a inconstitucionalidade da norma não anula a lei, apenas determina a sua não aplicação ao caso concreto, objeto da lide.

Não produz efeito *erga omnes*, uma vez que a declaração de inconstitucionalidade não é o objeto principal do processo. Nesse sentido, Moraes (2006, p. 645) leciona:

Nesta via o que é outorgado ao interessado é obter a declaração de inconstitucionalidade somente para o efeito de isentá-lo, no caso concreto, do cumprimento da lei ou ato, produzidos em desacordo com a Lei maior. Entretanto, este ato ou lei permanecem válidos no que se refere à sua força obrigatória em relação a terceiros.

A lei continua válida e, inclusive, poderá ser aplicada em outro caso concreto submetido à análise do Poder Judiciário. O juiz não estará vinculado à decisão proferida em outro processo, podendo adotar outra tese que conclua pela constitucionalidade da lei.

Com o objetivo de possibilitar a atribuição de eficácia geral à decisão proferida no caso concreto, a nossa Constituição atribui ao Senado Federal a competência privativa para suspender a execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Trata-se, porém, de uma atividade discricionária do Senado, como salienta Barroso (2011, p. 151):

A atuação do Senado não tem caráter vinculado, mas discricionário, sujeitando-se ao juízo de conveniência e oportunidade da casa legislativa. Trata-se de ato político, não sujeito a prazo, podendo o Senado suspender o ato normativo, no todo ou em parte, ou simplesmente não suspendê-lo, negando, assim, a extensão *erga omnes* da decisão do Supremo.

Clève (1995, p. 97) entende desnecessária a atribuição de tal competência ao Senado Federal:

Num momento (1934) em que se temia o “governo dos juízes”, em que se procurava manter a fiscalização incidental; em que se buscava as vantagens da fiscalização concentrada (eficácia *erga omnes*); em que se procurava harmonizar as competências do Judiciário, sem todavia amesquinhar o Legislativo, a fórmula encontrada pelo Constituinte de 1934, para estender ao julgado da Suprema Corte a eficácia *erga omnes*, parece ter sido criativa e adequada. Cumpre, agora, todavia, questionar a permanência da fórmula na Constituição de 1988. Parece constituir um anacronismo a permanência do mecanismo quando o país adota, hoje, não apenas a fiscalização incidental, mas também a “em tese”, decorrente da ação direta e, inclusive, para suprimento de omissão. Parece que chegou a hora de transformar o Supremo Tribunal Federal em verdadeira corte especializada em questões constitucionais, retirando-se do Senado a atribuição discutida no presente item.

Do mesmo entendimento comunga Barroso (2011, p. 152), defendendo que uma decisão da Corte Suprema deve produzir efeitos gerais, tanto no controle incidental como em ação direta, argumentando que com a criação da ação genérica de inconstitucionalidade pela Emenda Constitucional nº 16/65, e com o contorno dado à ação direta pela Constituição de 1988, não há lógica razoável para a manutenção da competência atribuída ao Senado Federal.

### 1.3 Sistema concentrado de controle de constitucionalidade

No sistema concentrado, o controle é exercido por um único órgão, normalmente designado Tribunal Constitucional, ou ainda, Corte Constitucional. O órgão é criado com a função específica ou principal de defesa da Constituição.

No Brasil, o controle concentrado de constitucionalidade foi introduzido por meio da Emenda Constitucional nº 16, de 6 de dezembro de 1965, que atribuiu ao Supremo Tribunal Federal a competência para processar e julgar originariamente a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual.

A atual Carta Magna brasileira, promulgada em 1988, atribui ao Supremo Tribunal a função precípua de guarda da Constituição e prevê a realização do controle concentrado por via principal, caso em que a fiscalização ocorre de forma direta, ao contrário do que acontece no controle por via de exceção.

No controle por via direta, a declaração de inconstitucionalidade da norma não depende da existência de um caso concreto submetido a julgamento. Obtém-se a invalidação da lei, para garantir a segurança das relações jurídicas, que não podem ser baseadas em normas inconstitucionais (MORAES, 2006, p. 665).

Impugna-se, perante a Corte Constitucional, a própria lei e esta, se incompatível com a Carta Magna, perderá sua validade. A anulação da lei, em consequência, produzirá efeito *erga omnes*, ou seja, em relação a todos e não só em relação às partes do processo, como ocorre no controle difuso.

Segundo Barroso (2011, p. 72):

Trata-se de controle exercido fora de um caso concreto, independente de uma disputa entre as partes, tendo por objeto a discussão da validade da lei em si. Não se cuida de mecanismo de tutela de direitos subjetivos, mas de preservação da harmonia do sistema jurídico, do qual deverá ser eliminada qualquer norma incompatível com a Constituição.

Geralmente, no sistema concentrado, a iniciativa do controle fica reservada exclusivamente a algumas autoridades públicas, não sendo permitida a iniciativa individual dos cidadãos. Bonavides (2011, p. 308) posiciona-se contrariamente a essa vedação por entender que ela tem natureza antidemocrática:

O controle por via de ação toma nesse caso um sentido de controle formal de constitucionalidade, voltado sobretudo para resolver conflitos entre os poderes públicos. Desde então relega-se a segundo plano a defesa do conteúdo da ordem constitucional, dos direitos e garantias dos cidadãos, que a sobredita técnica nem sempre resguarda em toda a amplitude, talvez pelo

preconceito antidemocrático de não consentir ao cidadão a possibilidade de desfazer por sua iniciativa mesma aquilo que foi obra do legislador.

Tavares (1998, p. 22), por sua vez, entende que atribuir ao cidadão legitimidade para deflagrar o processo de controle de constitucionalidade por meio do Tribunal especializado requer ponderações acerca da viabilidade prática desse posicionamento, ressaltando que, de qualquer forma, o cidadão, quando ingressa em juízo pleiteando direito baseado na Constituição, utilizando-se do controle difuso, acaba atuando, também, como defensor da Constituição.

#### **1.4 Instrumentos processuais de controle concentrado de constitucionalidade**

A Constituição Federal contempla diversos instrumentos de controle concentrado, por meio dos quais o Supremo Tribunal Federal atuará em defesa da Constituição. São eles:

- ação direta de inconstitucionalidade genérica;
- ação direta de inconstitucionalidade interventiva;
- ação direta de inconstitucionalidade por omissão;
- ação declaratória de constitucionalidade;
- arguição de descumprimento de preceito fundamental.

O primeiro instrumento citado, a ação direta de inconstitucionalidade genérica, surgiu no ordenamento jurídico brasileiro, por meio da Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, à Constituição de 1946. Nesse tipo de ação, não há que se falar em pretensões individuais nem em tutela de direitos subjetivos. O processo é objetivo (BARROSO, 2011, p. 178). Busca-se, aqui, diretamente, o controle de constitucionalidade abstrato, sendo suas características a generalidade, a impessoalidade e abstração (LENZA, 2009, p. 191).

Nesse sentido, leciona Moraes (2006, p. 666):

O autor da ação pede ao Supremo Tribunal Federal que examine a lei ou ato normativo federal ou estadual em tese (não existe caso concreto a ser solucionado). Visa-se, pois, obter a invalidação da lei, a fim de garantir-se a segurança das relações jurídicas, que não podem ser baseadas em normas inconstitucionais. A declaração da inconstitucionalidade, portanto, é o objeto principal da ação, diferentemente do ocorrido no controle difuso.

Os atos impugnáveis mediante a ação direta de inconstitucionalidade, de acordo com o artigo 102, I, “a”, da Constituição Federal, são a lei e o ato normativo federal ou estadual.

A ação direta de inconstitucionalidade interventiva, outro mecanismo de controle, surgiu na Constituição de 1934, sendo mantida no sistema pela Constituição de 1988. Foi a primeira hipótese de controle concentrado no direito brasileiro e é condição da intervenção federal nos Estados, nos casos de inobservância aos princípios constitucionais sensíveis (BARROSO, 2011, p. 344).

Por sua vez, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão tem por objetivo conceder eficácia às normas constitucionais, que dependam de complementação infraconstitucional, tendo cabimento, portanto, quando o Poder Público se abstém de um dever que a Constituição lhe atribuiu (MORAES, 2006, p. 696).

Alerta Tavares (1998, p. 139) que a ação de inconstitucionalidade por omissão só é admitida por omissão de natureza normativa e desde que oriunda dos Poderes Públicos.

A ação declaratória de constitucionalidade, introduzida no direito brasileiro pela Emenda Constitucional nº 03/93, tem como objetivo buscar, junto ao Poder Judiciário, a declaração de constitucionalidade de um ato normativo, visando afastar a insegurança jurídica ou o estado de incerteza sobre a sua validade (LENZA, 2009, p. 267).

Tendo em vista o princípio da presunção absoluta dos atos normativos, salutar é o esclarecimento a respeito da ação declaratória de constitucionalidade, formulado por Lenza (2009, p. 267):

Busca-se por meio dessa ação declarar a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal. Indaga-se: mas toda lei não se presume constitucional? Sim, no entanto, o que existe é uma presunção relativa (*juris tantum*) de toda lei ser constitucional. Em se tratando de presunção relativa, admite-se prova em contrário, declarando-se, quando necessário, através dos mecanismos (ADI genérica ou controle difuso), a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo. Pois bem, qual seria, então, a utilidade dessa ação? O objetivo da ADECON é transformar uma presunção relativa de constitucionalidade em absoluta (*jure et de jure*), não mais se admitindo prova em contrário. Ou seja, julgada procedente a ADECON, tal decisão vinculará os órgãos do Poder Judiciário e administração pública, que não mais poderão declarar a inconstitucionalidade da aludida lei, agir em desconformidade com a decisão do STF. Não estaremos mais, repita-se, diante de uma presunção relativa de constitucionalidade da lei, mas absoluta.

A ação é proposta em casos em que o ato normativo (somente ato federal) esteja suscitando divergências jurisprudenciais, visando estabelecer uma orientação homogênea na matéria, já que a decisão tem efeitos *erga omnes* e eficácia vinculante.

Nesse sentido, Moraes (2006, p. 700), destaca que a ação transfere ao Supremo Tribunal Federal a decisão sobre a constitucionalidade de um dispositivo legal que esteja sendo atacado pelos órgãos judiciais inferiores, afastando-se o controle difuso.

A arguição de descumprimento de preceito fundamental constitui mais um instrumento de controle abstrato de constitucionalidade no direito brasileiro.

A medida, prevista no texto constitucional da Carta Magna de 1988, foi regulamentada pela Lei 9.882, de 3 de dezembro de 1999.

O objetivo, ensina Moraes (2006, p. 711), “é evitar lesões a princípios, direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal, ou, repressivamente, repará-las, quando causadas por conduta comissiva ou omissiva de qualquer dos poderes públicos”.

Barroso (2011, p. 305) e Lenza (2009, p. 251) alertam para o fato de que nem a Constituição nem a lei precisaram o sentido e o alcance da locução “preceito fundamental”, deixando essa tarefa para a doutrina e jurisprudência.

São, portanto, diversos os conceitos dados pela doutrina. Barchet e Motta (2007, p. 879) definem preceito fundamental como “todo e qualquer dispositivo constitucional que tenha natureza principiológica servindo de alicerce para qualquer uma das cadeiras de Direito contempladas pelo texto constitucional”.

Para Silva (2006, p. 562), a expressão “preceitos fundamentais” não abrange apenas os princípios fundamentais, mas também todas as prescrições que dão o sentido básico do regime constitucional, em especial as relativas aos preceitos e garantias fundamentais. Salienta o autor que, daí, pode surgir o alargamento da liberdade a ser exercida pelo Supremo Tribunal Federal, na jurisdição constitucional.

No entendimento de Vieira (2002, p. 132), a Constituição, ao criar a arguição de descumprimento de preceito fundamental, autorizou o Supremo, por via direta, fiscalizar a obediência do legislador também com relação àqueles preceitos que não estejam corporificados no texto constitucional, mas sejam dele decorrentes.

Somente admite-se a arguição de descumprimento de preceito fundamental quando realmente for o caso para tal e não houver outro meio de sanar a lesividade. Assim, caracteriza-se o caráter subsidiário da medida em questão.

## **1.5 Mandado de injunção**

Além dos instrumentos de controle concentrado, a Constituição de 1988 traz um mecanismo de controle incidental das omissões constitucionais, denominado mandado de injunção.

O mandado de injunção foi criado para a tutela de direitos subjetivos constitucionais,

frustrados pela inércia do Poder Público (BARROSO, 2011, p. 154). Por meio desse instrumento, pede-se a regulamentação de uma norma constitucional, quando os poderes competentes não o fazem.

O inciso LXXI, do artigo 5º, da Constituição Federal, tratando sobre o mandado de injunção, assim estabelece: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania” (BRASIL, 1988).

A apreciação do mandado de injunção é restrita aos tribunais, o que se justifica pela necessidade de evitar decisões conflitantes. A legitimação ativa para impetração da medida é do titular do direito cujo exercício está sendo obstado pela omissão, ou seja, daquela pessoa que está sendo prejudicada pela omissão.

Mendes (2006, p. 207) aponta a diferença fundamental entre o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão:

Destarte, a diferença fundamental entre o mandado de injunção e a ação direta de controle da omissão residiria no fato de que, enquanto o primeiro destina-se à proteção de direitos subjetivos e pressupõe, por isso, a configuração de um interesse jurídico, o processo de controle abstrato da omissão, enquanto processo objetivo, pode ser instaurado independentemente da existência de um interesse jurídico específico.

Há quatro posicionamentos diferentes acerca dos efeitos da decisão proferida no mandado de injunção: posição concretista geral; posição concretista individual direta; posição concretista individual intermediária; e posição não-concretista (LENZA, 2009, p. 740).

Segundo a posição concretista geral, ao proferir a decisão no caso concreto submetido à apreciação judicial, o Supremo Tribunal Federal legisla, conferindo à sua decisão efeito *erga omnes*, até que o Poder Legislativo edite norma regulamentando a matéria. Sobrevindo norma regulamentadora, esta passará a ser aplicada, sem prejuízo de eventual questionamento a respeito de sua constitucionalidade.

Já no entendimento concretista individual direto, a decisão proferida implementa o direito do autor, produzindo efeitos, no entanto, tão somente para o autor da ação, ou seja, não tem eficácia *erga omnes*.

De acordo com a posição concretista individual intermediária, impetrado o mandado de injunção e sendo este julgado procedente, o Poder Judiciário estabelece um prazo ao Poder Legislativo para que este regule a matéria. Decorrido o prazo, sem que o Legislativo cumpra a função legislativa a respeito da questão, implementa-se o direito do autor. A decisão, nesse caso, tem efeitos somente para o autor da ação.

Na opinião de Bulos (2009, p. 605-606) apud Leal (2010, p. 195), a posição concretista individual intermediária é o melhor entendimento da matéria, uma vez que, além de não ferir o princípio da separação dos poderes, confere utilidade ao mandado de injunção e assegura a inafastabilidade do controle judicial na resolução dos conflitos.

Por fim, resta a posição não-concretista, que corresponde àquela em que o Poder Judiciário tão somente reconhece formalmente a inércia do Poder Legislativo. Adotado tal posicionamento, o mandado de injunção não teria a serventia desejada pela Constituição, qual seja, de garantir a efetividade dos direitos fundamentais.

O Supremo Tribunal Federal, inicialmente, adotou a posição não-concretista. Entretanto, na jurisprudência recente daquela corte têm sido verificados casos de adoção das posições concretistas individual direta e geral, sendo relevante citar como exemplo desta última a decisão proferida nos mandados de injunção impetrados por entidades sindicais, visando assegurar o direito de greve dos servidores públicos, a qual será objeto de análise neste trabalho em tópico próprio.

## **1.6 Inconstitucionalidade por ação e inconstitucionalidade por omissão**

A Constituição pode sofrer violação em decorrência da prática de uma conduta positiva do Estado, incompatível com o texto constitucional, caso em que ocorre a inconstitucionalidade por ação.

Da mesma forma, pode o texto constitucional ser desrespeitado quando o Poder Público deixa de praticar um ato exigido pela Constituição. Trata-se de hipótese de inconstitucionalidade por omissão.

Sobre o tema, é esclarecedora a lição de Barroso (2011, p. 273):

Atributo das normas constitucionais, como das normas jurídicas em geral, é sua imperatividade. Descumpre-se a imperatividade de uma norma constitucional quer quando se adota uma conduta por ela vedada – em violação de uma norma proibitiva –, quer quando se deixa de adotar uma conduta por ela determinada – em violação de uma norma preceptiva. Porque assim é, a Constituição é suscetível de violação tanto por ação como por omissão.

No mesmo sentido, leciona Lenza (2009, p. 160):

Fala-se, então, em inconstitucionalidade por ação (positiva ou por atuação) a ensejar a incompatibilidade vertical dos atos inferiores (leis ou atos do Poder Público) com a Constituição e, em sentido inverso, em inconstitucionalidade por omissão, decorrente da inércia legislativa na regulamentação das normas constitucionais de eficácia limitada.

Algumas normas constitucionais, chamadas normas de eficácia plena, estão aptas a produzir todos os seus efeitos tão logo entram em vigor, não dependendo, para tanto, da edição de uma norma integrativa infraconstitucional.

Entretanto, existem também as denominadas normas constitucionais de eficácia limitada, que, para produzirem seus efeitos, exigem intervenção legislativa. Nesses casos, o legislador tem o dever constitucional de editar “os atos legislativos necessários à integração de suas prescrições, sob pena de se caracterizar a inconstitucionalidade por omissão” (RAMOS, 2010, p. 182-183).

É importante ressaltar que não é qualquer omissão legislativa que caracteriza a inconstitucionalidade por omissão, uma vez que, em regra, por força do seu poder discricionário, o legislador não está obrigado a legislar.

Somente se configura a inconstitucionalidade por omissão quando a exigência de criação da norma está prevista, explícita ou implicitamente, na Constituição. Nesse sentido, é salutar a lição de Canotilho (2001, p. 1004) apud Barroso (2011, p. 55):

A omissão legislativa, para ganhar significado autônomo e relevante, deve conxionar-se com uma exigência constitucional de ação, não bastando o simples dever geral de legislar para dar fundamento a uma omissão constitucional.

A omissão legislativa pode dar-se de forma total ou parcial. Na primeira hipótese, o dever constitucional de legislar sobre determinada matéria é descumprido integralmente pelo legislador. No segundo caso, o Legislador cria a norma exigida pela Constituição, mas o faz de forma insuficiente ou violando o princípio geral da isonomia.

A princípio, o controle de constitucionalidade limitava-se a retirar do ordenamento jurídico os atos normativos que não se compatibilizassem com a Constituição. Assim, a inconstitucionalidade tinha como pressuposto a existência de uma norma inconstitucional. Não havia previsão de medidas jurídicas cabíveis para os casos de inconstitucionalidade por omissão.

Entretanto, conforme destaca Clève (1995, p. 41), o direito constitucional contemporâneo passou a oferecer remédios para afastar a inércia do Poder Público e especialmente o silêncio legislativo inconstitucional, o que se tornou necessário, como bem pontua Mendes (1990, p. 34), para tornar efetiva a concretização dos princípios previstos na Constituição.

Como exemplo de medidas destinadas a combater ilegitimidades decorrentes da inércia do legislador, temos, no ordenamento pátrio, o mandado de injunção e a ação de

inconstitucionalidade por omissão, ambos concebidos pela Constituição Federal de 1988 e já estudados no tópico anterior, consistindo o primeiro em um instrumento de fiscalização concreta e o segundo, em um mecanismo de fiscalização abstrata.

Clève (1995, p. 224) alerta que a problemática da inconstitucionalidade por omissão é complexa, já que não se tem claro em que consistiria a atividade do órgão jurisdicional, se este estaria substituindo-se à atividade do legislador, suprimindo a omissão constitucional, ou obrigando o legislador a se pronunciar. Para o autor, num Estado democrático de direito, não se pode admitir que o juiz substitua-se à atividade positiva do legislador. Para ele, o suprimimento da omissão constitucional reclama o desenvolvimento simultâneo de técnicas estritamente jurídicas e de técnicas políticas.

O entendimento de Tavares (1998, p. 138) não é diferente. Para esse autor, a admissão da possibilidade do julgador passar por legislador, editando a norma requerida pela Constituição, extrapola o sistema vigente de separação de poderes.

Essa discussão relaciona-se com a questão da legitimidade do Tribunal Constitucional, a ser tratada no capítulo seguinte, destinado ao estudo da jurisdição constitucional.

## **CAPÍTULO 2 – JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**

Como já visto, do princípio da supremacia da Constituição, que vigora no Estado Democrático de Direito, decorre a necessidade de criação de mecanismos de defesa da Lei Maior, entre eles o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos.

O controle de constitucionalidade é um dos aspectos da jurisdição constitucional, que é atividade exercida por órgãos com competência para tanto, em especial pelos tribunais constitucionais, especializados em fiscalizar a constitucionalidade das leis.

O Supremo Tribunal Federal exerce, entre nós, o papel de corte constitucional. Dessa forma, para melhor compreender o fenômeno do ativismo judicial no âmbito daquela corte, tema deste trabalho, necessário se faz, antes, um estudo acerca da jurisdição constitucional, da natureza jurídica e da legitimidade dos tribunais constitucionais, assim como conhecer melhor o Supremo Tribunal Federal, analisando sua história, estrutura, organização, composição e competência.

### **2.1 Conceito de jurisdição constitucional**

Das lições extraídas da teoria geral do processo, tem-se que a jurisdição consiste na aplicação de normas abstratas a um caso concreto submetido à apreciação judicial, sendo considerada uma das principais funções do Estado.

No exercício da jurisdição, o Estado substitui as partes na resolução dos conflitos de interesse, decidindo de forma imparcial, revestindo-se a sua decisão da autoridade da coisa julgada.

A jurisdição, quanto à matéria, distingue-se em ordinária e constitucional. A jurisdição constitucional, objeto deste estudo, trata exclusivamente de matérias de natureza constitucional, enquanto a ordinária tem caráter residual, ou seja, abrange todas as demais questões, não constitucionais.

A partir dessa classificação, é possível inferir que a jurisdição constitucional corresponde à atividade de interpretação e aplicação da Constituição por órgãos judiciais.

O controle de constitucionalidade das leis, tratado no capítulo anterior, é um dos aspectos mais importantes da jurisdição constitucional, mas não o único. A esse respeito, adverte Tavares (1998, p. 106), afirmando que a jurisdição constitucional abrange não apenas o controle da constitucionalidade das leis e atos normativos do Estado, mas também o controle de outros atos do Poder Público, desde que a defesa destes esteja fundamentada na

Constituição.

Não é diferente o posicionamento de Barroso (2011, P. 359), que assim define a jurisdição constitucional:

Em suma: a jurisdição constitucional compreende o poder exercido por juízes e tribunais na aplicação direta da Constituição, no desempenho do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público em geral e na interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a Constituição.

Ainda mais ampla é a definição dada por Streck (2002, p. 362). Para esse autor, qualquer ato judicial é ato de jurisdição constitucional, na medida em que constitui dever do magistrado examinar, antes de qualquer outra coisa, a compatibilidade do texto normativo infraconstitucional com a Constituição.

A jurisdição constitucional, que tem por finalidade a preservação da supremacia da Constituição é exercida, no Brasil, por todos os juízes e tribunais, por meio do controle difuso. Porém, o Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário, ocupa papel de destaque no exercício da jurisdição constitucional, uma vez que a ele compete, precipuamente, a guarda da Constituição, conforme estabelece o artigo 102, da Constituição Federal.

## **2.2 Tribunal Constitucional e Suprema Corte**

Na maioria dos ordenamentos jurídicos, a função de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos é atribuída a um tribunal ou corte constitucional, embora, como ressalta Tavares (1998, p. 95), haja diferenças quanto à forma e procedimento adotados por cada Estado, notadamente em função da necessidade de adaptação à realidade histórica, social, cultural e econômica de cada País.

Os dois modelos básicos de jurisdição constitucional são o de tribunal constitucional e o de suprema corte.

O Tribunal Constitucional foi idealizado pelo austríaco Hans Kelsen. Em sua concepção, o Tribunal Constitucional deveria ser um tribunal especial, composto de juízes com conhecimento técnico-jurídico e sensibilidade política, dotado com sentença de efeitos gerais e vinculantes, criado para se situar fora da organização jurisdicional ordinária. Esse Tribunal não seria destinado ao julgamento de casos concretos, mas somente controlaria a constitucionalidade das normas, de forma abstrata. Além disso, o julgamento de questões de natureza constitucional seria de sua competência exclusiva. Assim, se a questão constitucional

fosse suscitada incidentalmente pelas instâncias ordinárias, o juiz haveria de suspender o processo e submeter a questão à decisão do tribunal (SAMPAIO, 2002, p. 37-38).

Ao idealizar o Tribunal Constitucional, Hans Kelsen assim justificou a escolha de um único órgão para exercer o controle de constitucionalidade:

Se a Constituição conferisse a toda e qualquer pessoa competência para decidir esta questão, dificilmente poderia surgir uma lei que vinculasse os súditos do Direito e os órgãos jurídicos. Devendo evitar-se uma tal situação, a Constituição apenas pode conferir competência para tal a um determinado órgão jurídico (KELSEN, 1985, p. 288 apud MORAES, 2006, p. 664).

Para Streck (2002, p. 285), a principal característica do modelo de justiça constitucional concebido por Hans Kelsen consiste em atribuir a um tribunal *ad hoc* o controle da constitucionalidade das leis e atos normativos, excluindo dessa atribuição o juiz ordinário. Para o autor, a instituição de um tribunal fora da estrutura do Poder Judiciário tinha o objetivo de proteção do legislador.

Segundo Clève (1995, p. 54), nessa concepção de jurisdição constitucional, o controle de constitucionalidade constitui uma espécie de função constitucional autônoma, que se compara à função legislativa negativa.

A equiparação à função legislativa negativa decorre do fato de que ao Tribunal Constitucional compete, por meio do controle de constitucionalidade, afastar do ordenamento jurídico as leis criadas pelo Poder Legislativo, que não se compatibilizem com a Lei Maior.

A maioria dos tribunais constitucionais tem seus limites definidos pela própria Constituição, embora alguns ordenamentos jurídicos admitam a disciplina pelo legislador infraconstitucional (SAMPAIO, 2002, p. 104-105).

Além disso, os tribunais constitucionais possuem como característica a autonomia administrativa, orçamentária e financeira, com o objetivo de garantir uma atuação independente e imparcial.

A composição dos tribunais constitucionais varia de um Estado para outro, sendo em média de nove a dez membros (GOMES, 2010, p. 277) e a designação destes, em regra, é feita pelo Poder Legislativo. Em alguns países, no entanto, a designação é feita pelo Poder Executivo, mediante aprovação pelo Poder Legislativo.

Enquanto no modelo de tribunal constitucional, o controle é atribuído a um tribunal especial, no modelo de suprema corte, a jurisdição não é competência exclusiva de um único órgão, mas atribuída a qualquer juiz, agindo a corte constitucional como um terceiro grau de jurisdição. O controle é incidental, tem um caso concreto como base (SAMPAIO, 2002, p. 38).

Alguns sistemas constitucionais adotam o modelo de tribunal constitucional, outros o de suprema corte. Em alguns Estados, esses sistemas são adotados, mas sem observância da concepção original, ou seja, apresentam variações, de acordo com as peculiaridades de cada Estado. Há ainda outros ordenamentos jurídicos que reúnem características de ambos os sistemas. A tendência, segundo Sampaio (2002, p. 40), é de aproximação dos dois modelos de jurisdição constitucional.

Para Vieira (2002, p. 43), o modelo brasileiro é um dos mais complexos, pois, embora inicialmente tenha tido como inspiração o sistema difuso americano, tem consolidado mecanismos de controle concentrado.

Sob a combinação dos dois sistemas no ordenamento pátrio, discorre Mendes (1998, p. 20):

A combinação desses dois sistemas outorga ao Supremo Tribunal Federal uma peculiar posição tanto como órgão de revisão de última instância, que concentra suas atividades no controle das questões constitucionais discutidas nos diversos processos, quanto como Tribunal Constitucional, que dispõe de competência para aferir a constitucionalidade direta das leis estaduais e federais no processo do controle abstrato de normas.

Em suma, no Brasil vigora o modelo de suprema corte, uma vez que o Supremo Tribunal Federal atua como última instância para julgar as questões constitucionais, porém, ao mesmo tempo, exerce funções típicas de um tribunal constitucional, tendo em vista que lhe compete também exercer o controle de constitucionalidade de forma abstrata.

Nesse sentido, é importante registrar o entendimento de Tavares (1998, p. 129), segundo o qual, embora o Supremo Tribunal Federal exerça diversas funções típicas de um tribunal constitucional, não pode ser considerado como tal, tendo em vista que não detém exclusividade no controle de constitucionalidade, já que, no Brasil, o controle realiza-se também pelo método difuso. Além disso, segundo esse autor, por decidir outras questões que não se referem ao controle de constitucionalidade, somente parcialmente o Supremo pode ser considerado um tribunal especializado.

### **2.3 O Supremo Tribunal Federal enquanto corte constitucional**

A seguir, visando um melhor entendimento a respeito do papel do Supremo Tribunal Federal enquanto corte constitucional brasileira, será feito um estudo a respeito de sua evolução histórica, estrutura, organização e competência.

### 2.3.1 Breve Histórico

No tempo do Império, não havia no Brasil controle jurisdicional de constitucionalidade. Na égide da Constituição de 1824, vigorava o modelo de Estado centralizado, em que o Imperador exercia, ao mesmo tempo, a função de Chefe do Poder Executivo e o chamado Poder Moderador, cabendo a este a manutenção da independência, o equilíbrio e a harmonia entre os Poderes.

Streck (2002, p. 333) define o Poder Moderador como um quarto Poder:

O Poder Moderador era um quarto Poder, devendo funcionar como ‘poder neutro’, acima dos demais, conforme especificavam os arts. 98 a 101 da Carta do Império, acumulando as funções de Chefe do Executivo (arts. 102 a 104), que exercia através de seus Ministros de Estado, não confundidas com as do Poder Moderador. Como o Poder Moderador pertencia ao Imperador e como estava acima dos outros Poderes, não havia responsabilidade institucional para os seus atos.

De acordo com Clève (1995, p. 64), o papel constitucional atribuído ao Poder Moderador inviabilizou o exercício de função constitucional pelo Judiciário, pois cabia ao Imperador, e não ao Judiciário, solucionar os conflitos envolvendo os Poderes.

Com a proclamação da República, foi instituído no Brasil, pelo Decreto nº 510, de 22 de junho de 1890, o Supremo Tribunal Federal, cujas principais funções eram a resolução de conflitos entre os entes da federação e o julgamento, em grau de recurso, das sentenças que contestassem a validade de leis e atos governamentais em face da Constituição (VIEIRA, 2002, p. 116).

A Constituição da República, de 1891, ratificou a competência do Supremo Tribunal Federal, de exercer a jurisdição constitucional, por via de defesa. A esse respeito, leciona Mendes (1998, p. 24):

A primeira Constituição Republicana, de 24 de fevereiro de 1891, introduziu uma nova concepção do Poder Judiciário. A influência da doutrina constitucional americana contribuiu para que se outorgasse ao Supremo Tribunal Federal a função de guardião da Constituição e da ordem federativa, reconhecendo-lhe a competência para aferir a constitucionalidade da aplicação do direito através de um recurso especial (Constituição de 1891, art. 59, n.3, § 1º, a e b). Foi-lhe confiada, também, a competência para decisão de causas e conflitos entre a União e os Estados ou entre os Estados Membros (Constituição de 1891, art. 59, § 1º, c).

A Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, instituiu o controle concentrado de constitucionalidade, atribuindo ao Supremo Tribunal Federal a competência originária para processar e julgar representação contra a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República.

Vieira (2002, p. 123) ressalta que na exposição de motivos da referida Emenda Constitucional constou como um dos principais objetivos da reforma a diminuição da sobrecarga do Supremo Tribunal Federal, já que, com a ação direta, uma só decisão daquela Corte impediria muitas outras ações envolvendo a mesma questão de inconstitucionalidade.

A legitimação exclusiva do Procurador-Geral da República para propor ação direta de inconstitucionalidade perdurou até a Constituição de 1988.

A Constituição de 1988 manteve o sistema misto de controle de constitucionalidade e não modificou a estrutura do Supremo Tribunal Federal, mas atribuiu-lhe a função precípua de guardião da Constituição e ampliou o rol dos legitimados a provocar diretamente a sua jurisdição constitucional de controle de constitucionalidade.

No novo sistema constitucional, o processo de controle abstrato de constitucionalidade junto ao Supremo Tribunal Federal pode ser instaurado a pedido do Presidente da República; das Mesas do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e das Assembleias Legislativas Estaduais; Governadores de Estado; Procurador-Geral da República; Conselho Federal da Ordem dos Advogados; partidos políticos com representação no Congresso Nacional; e confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional (MENDES, 1998, p. 38).

### **2.3.2 Estrutura e Organização**

O Supremo Tribunal Federal é composto por onze membros nomeados pelo Presidente da República, mediante aprovação por maioria absoluta do Senado Federal.

A Constituição Federal, em seu artigo 101, exige que os membros sejam escolhidos dentre cidadãos de notório saber jurídico e reputação ilibada, com mais de trinta e cinco anos e menos de sessenta e cinco anos de idade. Deverão ser brasileiros natos e, ainda, estar no pleno gozo dos direitos políticos.

O período de mandato dos ministros é vitalício, sendo-lhes asseguradas as mesmas garantias de que gozam os demais juízes, a saber: a irredutibilidade de vencimentos, a vitaliciedade e a inamovibilidade.

Conforme salienta Sampaio (2002, p. 126), as garantias estabelecidas são necessárias para que os membros da Suprema Corte desempenhem o cargo de forma imparcial e independente.

O Presidente do Supremo Tribunal Federal é eleito diretamente pelos seus pares para

um mandato de dois anos, sendo vedada a reeleição (MENDES, 1998, p. 22).

Consoante o disposto nos artigos 96 e 98, da Constituição Federal, é assegurado ao Supremo Tribunal Federal o poder de auto-organização, o que significa dizer que a Corte dispõe do direito de iniciativa de leis sobre a sua composição, organização, criação e supressão de cargos, fixação de vencimentos, entre outras.

Além do poder de auto-organização, o Supremo Tribunal Federal, com vistas a uma atuação independente, dispõe também de autonomia administrativa, orçamentária e financeira.

### 2.3.3 Competência

Conforme já salientado, a Constituição Federal de 1988 atribuiu ao Supremo Tribunal Federal a função precípua de guarda da Constituição. Além disso, dividiu as competências daquele Tribunal em originárias e recursais.

Leciona Vieira (2002, p. 128) que nas competências originárias, cabe ao Tribunal decidir em juízo único e definitivo. As competências recursais, por sua vez, correspondem às causas julgadas por outros tribunais e que implicam em violação à Constituição.

Tavares (1998, p. 130) agrupa as competências do Supremo em quatro grupos, a saber: 1) competências diretamente ligadas com a preservação da Carta Magna (ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade); 2) competências originárias em razão da função das pessoas envolvidas, como por exemplo, o julgamento do Presidente da República nas infrações comuns; 3) competência recursal do Supremo (recurso ordinário e extraordinário; e 4) competências para causas que envolvam a soberania nacional, como a extradição solicitada por Estado estrangeiro.

O artigo 102, da Constituição Federal, elenca as competências do Supremo Tribunal Federal:

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

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

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

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

- d) o "habeas-corpus", sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o "habeas-data" contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;
  - e) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território;
  - f) as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta;
  - g) a extradição solicitada por Estado estrangeiro;
  - h) (Revogado pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
  - i) o *habeas corpus*, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o paciente for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância;
  - j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados;
  - l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;
  - m) a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais;
  - n) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados;
  - o) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal;
  - p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade;
  - q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal;
  - r) as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público;
- II - julgar, em recurso ordinário:
- a) o "habeas-corpus", o mandado de segurança, o "habeas-data" e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão;
  - b) o crime político;
- III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:
- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
  - b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
  - c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
  - d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal (BRASIL, 1988).

Estabelece, ainda, o parágrafo 1º do citado dispositivo constitucional, a competência do Supremo para apreciação de arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente da Constituição.

No entendimento de Tavares (1998, p. 127-128), dentre as diversas competências

atribuídas ao Supremo Tribunal Federal, elencadas no artigo 102, da atual Carta Magna, as competências originárias definidas no inciso I, alíneas *a*, *o* e *p*, são exemplos de funções típicas de um tribunal constitucional, enquanto as competências recursais estabelecidas no inciso III, alíneas *a*, *b* e *c*, são típicas de uma corte suprema. As demais competências, segundo esse autor, deveriam ser transferidas para outro órgão jurisdicional, uma vez que não se tratam de questões de índole constitucional.

No mesmo sentido, Vieira (2002, p. 129) salienta que não obstante a nova Constituição tenha transferido para o Superior Tribunal de Justiça diversas competências anteriormente atribuídas ao Supremo, outras que também poderiam ter sido transferidas a outros tribunais não o foram. O autor ressalta que o fato de o Supremo Tribunal Federal ainda ter ficado encarregado de questões estranhas à sua função precípua de guarda da Constituição prejudica o bom desempenho dessa atribuição.

## **2.4 Natureza jurídica do Tribunal Constitucional**

É controvertida a questão relativa à natureza jurídica da atividade exercida pelos tribunais constitucionais e pelas supremas cortes.

O problema está em aferir se o Tribunal Constitucional exerce atividade jurisdicional ou atividade política. Para tanto, faz-se necessário, primeiro, fazer a distinção entre direito e política.

Nesse sentido, é bastante esclarecedor o ensinamento de Barroso (2010, p. 16), que, discorrendo sobre o assunto, ensina que, na política, vigoram a soberania popular e o princípio majoritário, enquanto no direito vigora o primado da lei e do respeito aos direitos fundamentais. No direito, há o domínio da razão, enquanto na política, o que ocorre é o domínio da vontade. Não obstante a distinção estabelecida, defende o autor que no plano da criação do direito, este não pode ser separado da política, porque é produto do processo constituinte ou do processo legislativo. Já no campo da aplicação do Direito, deve-se buscar essa separação.

Sampaio (2002, p. 60) também entende que, em alguns casos, é difícil separar o direito da política, afirmando que o entrelaçamento entre os dois decorre da própria conformação do Estado de Direito. Entretanto, segundo esse autor, não se pode querer resolver todas as questões políticas por meio do direito, tampouco transformar o jurídico em político.

Há uma corrente que entende que as cortes constitucionais são órgãos estritamente políticos. A respeito desse posicionamento, discorre Sampaio (2002, p. 58):

Para uma corrente, tais cortes, seja pela particularidade de suas decisões, seja porque não realizam operações de subsunção de casos concretos, seja pelo tipo de conflitos que resolvem, seja ainda por inovar a ordem jurídica, são órgãos políticos, especialmente legislativos, “uma segunda Câmara” ou “instância política suprema”.

Carl Schmitt e Hans Kelsen, em 1929, já travaram um debate a respeito dessa questão. Carl Schmitt, defensor da natureza política do controle de constitucionalidade, entendia que essa atividade, por ser política, era incompatível com a função desempenhada por um tribunal. Ao contrário, Hans Kelsen, defensor da natureza jurisdicional dos tribunais, não via problema em confiar a um órgão jurisdicional o controle de constitucionalidade, se presentes mecanismos garantidores da independência dessas cortes (TAVARES, 1998, p. 29-30).

O caráter jurisdicional do Tribunal Constitucional é defendido por Carnelutti (1959, p. 8) apud Mello (1968, p. 120), sob o fundamento de que a justiça constitucional só se manifesta quando provocada por quem tenha interesse, e a necessidade de provocação é uma característica da jurisdição. Contrariamente, órgãos políticos (Executivo e Legislativo) podem manifestar-se ainda que não provocados e também deixar de fazê-lo mesmo que haja provocação.

É sabido que os tribunais constitucionais contêm aspectos políticos o que, no entanto, não significa dizer que a atividade por eles exercida tenha natureza política.

Nesse sentido é o entendimento de Tavares (1998, p. 31):

É que o Tribunal Constitucional é invariavelmente acusado de ser um órgão político sob vários aspectos. Os autores acabam obnubilando o tema, criando uma confusão, no mais das vezes não proposital, ao indicarem aspectos realmente políticos que, contudo não influenciam a natureza jurisdicional desenvolvida pelo Tribunal.

Cabe analisar quais seriam os aspectos políticos do Tribunal Constitucional. Um dos elementos mais apontados é a forma como se dá a nomeação dos seus membros. Geralmente os integrantes da Corte são nomeados por meio de indicação do Chefe do Poder Executivo ou dos membros do Poder Legislativo, ou seja, a forma de designação é política, o que poderia conferir caráter político ao Tribunal Constitucional.

Entretanto, esse componente não é o bastante para retirar do Tribunal Constitucional a natureza jurisdicional. Isso porque na maioria dos Estados, os membros do Tribunal Constitucional gozam de garantias, como, por exemplo, a vitaliciedade do cargo, as quais

asseguram uma atuação independente e imparcial, afastando a necessidade de atuação de caráter político.

Na opinião de Sampaio (2002, p. 60), importa mais a técnica jurídica com que os membros do Tribunal Constitucional enfrentam os problemas levados à solução do que a forma política pela qual foram indicados para os respectivos cargos.

Outro argumento utilizado por aqueles que defendem a natureza política das cortes constitucionais é o de que as decisões por elas proferidas envolvem matérias políticas e tem efeitos políticos.

No entanto, é importante não confundir a natureza da decisão com seus efeitos ou com a matéria decidida. A decisão pode se referir a uma questão política ou ter efeitos políticos, mas nem por isso tratar-se-á, necessariamente, de uma decisão política.

Para Enterría (1970, p. 178) apud Sampaio (2002, p. 158) os tribunais constitucionais, decidem, sim, conflitos políticos, visto que todos os conflitos constitucionais são políticos. No entanto, em suas decisões, os tribunais baseiam-se em critérios e métodos jurídicos para solucionar os conflitos, o que preserva a natureza jurisdicional da Corte Constitucional.

Dizer que todos os conflitos constitucionais são políticos pressupõe uma concepção meramente política da Constituição. Contrapondo-se à ideia de uma Constituição estritamente política, há a concepção da Constituição jurídica, na qual se destaca o reconhecimento da força normativa da lei fundamental (TAVARES, 1998, p. 40).

Cabe aqui fazer menção à chamada doutrina das questões políticas, que faz distinção entre direito e política, limitando a atuação do Poder Judiciário em questões políticas. De acordo com essa doutrina, o Poder Judiciário não pode intervir em questões totalmente políticas, ficando tais problemas reservados à solução por parte dos Poderes com atribuições políticas (Executivo e Legislativo).

Num posicionamento crítico a essa doutrina, afirma Ramos (2010, p. 148) que não existem matérias totalmente políticas e, por isso, excluídas da apreciação judicial.

Segundo Pontes de Miranda (1960, p. 205-206) apud Ramos (2010, p. 148-149):

O princípio de não cognição do caso político deve ser entendido como se estivesse escrito: 'É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões que não tenham sido postas sob a forma de ação em juízo, ou por não serem suscetíveis de se proporem como tais, ou porque não as enunciou como tais o autor, ou, na reconvenção, o réu'. Sempre que se discute se é constitucional, ou não, o ato do Poder Executivo, ou do Poder Judiciário, ou do Poder Legislativo, a questão judicial está formulada, o elemento político foi excedido, e caiu-se no terreno da questão jurídica.

No que se refere aos efeitos políticos eventualmente produzidos, estes não tem o condão de retirar o caráter jurídico das decisões do Tribunal Constitucional. Se a decisão é motivada juridicamente, não há que se falar em decisão política, não obstante os seus efeitos.

Tavares (1998, p. 63), cita como exemplo de uma decisão com efeitos políticos “o caso de um magistrado de primeira instância que anula eleições para prefeito por estar caracterizada a fraude eleitoral”. A decisão tem efeitos políticos, mas trata-se de uma decisão jurídica.

De todo o exposto, é possível concluir que o Tribunal Constitucional, embora apresente diversos aspectos políticos, como a forma de designação de seus membros ou os efeitos de suas decisões, não perde a natureza jurisdicional.

## **2.5 Legitimidade democrática do Tribunal Constitucional**

Poder-se-ia fundamentar a legitimidade democrática do Tribunal Constitucional unicamente no fato de ser ele instituído pela Constituição Federal, que é obra do poder constituinte, representante, por excelência, da vontade do povo.

No entanto, tal fundamentação, por si só, não se revela suficiente para combater as críticas em relação à legitimidade do Tribunal Constitucional.

No sistema democrático, o governo pertence ao povo, que o exerce por meio de seus representantes, eleitos democraticamente através do voto popular. Esses representantes integram os Poderes Legislativo e Executivo.

Por outro lado, ao Tribunal Constitucional é atribuído o poder de, por meio do controle de constitucionalidade, anular decisões produzidas pelos representantes do povo, quando estas se mostram incompatíveis com a lei fundamental do Estado, a Constituição Federal.

Ocorre que, como já observado neste trabalho, a designação dos membros do Tribunal Constitucional não se dá por voto popular, mas, em regra, por indicação do parlamento ou do Poder Executivo, neste último caso mediante aprovação pelo Poder Legislativo.

Daí, não sendo os membros do Tribunal Constitucional eleitos diretamente pelo povo, surge o questionamento a respeito de sua legitimidade democrática.

No entanto, o fato de o povo não escolher diretamente os membros do Tribunal Constitucional não se presta a afastar a sua legitimidade. Isso porque os responsáveis pela

designação dos integrantes da Corte Constitucional são eleitos pelo povo e, assim, suas escolhas, em tese, representam a vontade popular. Nesse sentido, é o posicionamento de Brito (1995, p. 42) apud Tavares (1998, p. 72):

Isso vale também para a designação dos juízes constitucionais. Eles também recebem a sua legitimação democrática do sufrágio universal, embora indiretamente, através da intervenção dos diretamente eleitos no processo de designação dos juízes. O sufrágio universal está, portanto, na origem de toda decisão democrática, mas ele não assegura o caráter democrático da decisão.

Do mesmo entendimento partilha Gomes (2010, p. 277). Para ele, a designação política de membros do Tribunal Constitucional corresponde a uma eleição indireta, tendo em vista que tal designação é feita por quem legitimado democraticamente, no caso o Parlamento ou o Chefe do Poder Executivo.

O princípio majoritário é outro fator apontado como uma força que atua contra a legitimidade da justiça constitucional.

Em vigorando o princípio majoritário, entende-se que o que deve prevalecer é a vontade da maioria. Porém, como afirma Tavares (1998, p. 78), “é preciso ter em mente que nem sempre é o princípio da maioria capaz de assegurar a democracia ou o Estado de Direito”. Para esse autor, “o princípio de que o Direito é o que a maioria disser que é Direito não cumpre integralmente o princípio democrático, tal como é atualmente compreendido”.

Também nesse sentido é o entendimento de Barroso (2011, p. 80):

A democracia não se assenta somente no princípio majoritário, mas também na realização de valores substantivos, na concretização dos direitos fundamentais e na observância dos procedimentos que assegurem a participação livre e igualitária de todas as pessoas no processo decisório. A tutela desses valores, direitos e procedimentos é o fundamento de legitimidade da jurisdição constitucional.

Conforme o pensamento de Hesse (1991, p. 28) apud Tavares (1998, p. 74), o princípio da Constituição jurídica prevalece sobre o princípio da soberania popular. Isso significa dizer que a vontade da maioria, encontrando-se diante de uma norma constitucional pétrea que disponha em sentido contrário, deve ceder.

Daí infere-se que a Constituição situa-se num patamar superior, representando a vontade popular expressada pelo legislador constituinte, justificando-se, pois, a existência de um tribunal constitucional que a defenda, limitando os atos da maioria política, contrários aos preceitos nela estabelecidos.

Nesse sentido, já se manifestou Hamilton (1979, p. 163) apud Moro (2004, p. 129):

A Constituição é e deve ser considerada pelos juízes como a lei fundamental; e como a interpretação das leis é a função especial dos tribunais judiciários, a eles pertence determinar o sentido da Constituição, assim como de todos os

outros atos do corpo legislativo. Se entre estas leis se encontrarem algumas contraditórias, deve-se preferir aquela cuja observância é um dever mais sagrado; que é o mesmo que dizer que a Constituição deve ser preferida a um simples estatuto; ou a intenção do povo à dos seus agentes. Mas não se segue daqui que o Poder Judiciário seja superior ao Legislativo: segue-se, sim, que o poder do povo é superior a ambos e que, quando a vontade do corpo legislativo, declarada nos seus estatutos, está em oposição com a do povo, declarada na Constituição, é a esta última que os juízes devem obedecer: por outras palavras, que as suas decisões devem conformar-se antes com as leis fundamentais do que aquelas que não o são.

Além do mais, como bem pontua Callejon (1991, p. 26) apud Tavares (1998, p. 79), numa democracia, busca-se assegurar não somente o governo das maiorias, mas também o respeito às minorias.

É necessário assegurar meios de proteção às minorias e aos excluídos, como forma, também, de garantir o sistema democrático. O Tribunal Constitucional cumpre esse papel ao atuar como guardião da Constituição.

Por último, cabe apontar, como faz Tavares (1998, p. 87-88) o acesso ao Tribunal Constitucional como fator de sua legitimidade democrática.

Como já esclarecido no capítulo anterior, no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, a legitimação processual de acesso ao Tribunal Constitucional é restrita, sendo conferida apenas a algumas pessoas ou órgãos.

Também já se falou a respeito da existência de posicionamentos críticos a essa limitação, que é vista como uma medida de natureza antidemocrática, já que veda o acesso dos cidadãos ao Tribunal Constitucional, no que se refere ao controle abstrato de constitucionalidade.

Não obstante, não se afigura razoável questionar a legitimidade democrática do Tribunal Constitucional, nesse aspecto. Afinal, o cidadão já tem acesso à jurisdição constitucional por meio do controle difuso e pode chegar ao Tribunal Constitucional mediante a utilização de recursos próprios previstos na Constituição ou, conforme o caso, em alguns sistemas constitucionais, por meio de incidentes de inconstitucionalidade.

Ademais, é preciso admitir a inviabilidade de atribuir a todos os cidadãos a legitimidade para propor ações de defesa da Constituição, em caráter abstrato, uma vez que medida dessa natureza acabaria por sobrecarregar a Corte Constitucional.

No sistema brasileiro, a Constituição de 1988 ampliou o rol dos legitimados a provocar o Tribunal Constitucional a exercer o controle em abstrato. Tal medida certamente teve o objetivo de promover a democratização do processo constitucional. Essa intenção mostra-se mais clara se observarmos que a Constituição atribuiu tal legitimação também a

órgãos não governamentais, como as confederações sindicais, as entidades de classe e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

Como outras tentativas de democratização da jurisdição constitucional no Brasil, podem ser citadas a figura do *amicus curiae* ou “amigo da corte” e as audiências públicas. Esses novos elementos foram introduzidos no controle concentrado de constitucionalidade pela legislação infraconstitucional (Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999).

De acordo com Ferraz e Almeida (2010, p. 25) a figura do *amicus curiae* consiste no “instrumento pelo qual os interessados, que não as partes no processo, entram na justiça para fazer ouvir sua voz e seus argumentos em assuntos cuja elucidação judicial demonstre uma forte projeção ou transcendência coletiva”. Trata-se da possibilidade de que órgãos e entidades que representem os interesses da coletividade intervenham no processo, com o objetivo de auxiliar na instrução processual.

O *amicus curiae* atua em questões ligadas a direitos humanos, direitos fundamentais, seguridade social, dilemas éticos, entre outros. Apresenta informações orais ou escritas, com argumentos jurídicos, objetivando proporcionar ao juiz informações sobre questões jurídicas, controvertidas e complexas (FERRAZ e ALMEIDA, 2010, p. 25).

Nesse sentido, a figura do *amicus curiae* tem sido vista pela doutrina e pela jurisprudência como um fator de legitimidade social das decisões do Supremo Tribunal Federal, enquanto corte constitucional.

As audiências públicas, por sua vez, representam a possibilidade legal de o Tribunal ouvir pessoas com experiência e autoridade na matéria objeto de questionamento junto à Corte. Tais pessoas prestam informações, pareceres, para esclarecimento de questões técnicas, favorecendo, assim, a pluralização do debate constitucional (FERRAZ e ALMEIDA, 2010, p. 30).

Não obstante a gradativa inserção de novos fatores que contribuem para a democratização do Supremo Tribunal Federal, a questão relativa a sua legitimidade democrática torna-se objeto de maior discussão quando, provocada a decidir sobre questões de relevante interesse da sociedade, a Corte Constitucional assume uma postura mais afirmativa, especialmente em situações de omissão legislativa, ocasiões em que pode restar caracterizado o ativismo judicial, a ser abordado no capítulo seguinte.

### **CAPÍTULO 3 – O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SEU ATIVISMO**

A expressão ativismo judicial foi utilizada pela primeira vez nos Estados Unidos da América, em um artigo publicado na revista “Fortune”, intitulado “The Supreme Court: 1947”, escrito pelo jornalista Arthur Schlesinger Jr.

No artigo referido, o jornalista norte-americano traçou um perfil dos juízes da Suprema Corte dos Estados Unidos, classificando-os em três grupos diferentes, de acordo com a forma pela qual decidiam as causas submetidas a julgamento.

O primeiro grupo foi classificado como ativista. Para a ala ativista, o Tribunal era um instrumento de realização da justiça social. O segundo grupo foi definido como praticante da autocontenção judicial. Este preferia abster-se de interferir nas ações do Poder Legislativo e do Poder Executivo. O terceiro e último grupo constituía uma ala intermediária (LEAL, 2010, p. 32).

A respeito dessa classificação, é salutar a transcrição de parte do citado artigo:

Esse conflito pode ser descrito de diferentes maneiras. O grupo de Black e de Douglas acredita que a Suprema Corte pode desempenhar um papel afirmativo na promoção do bem-estar social; o grupo de Frankfurter e Jackson defende uma postura de autocontenção judicial. Um grupo está mais preocupado com a utilização do poder judicial em favor de sua própria concepção do bem social; o outro, com a expansão da esfera de atuação do Legislativo, mesmo que isso signifique a defesa de pontos de vista que eles pessoalmente condenam. Um grupo vê a Corte como instrumento para a obtenção de resultados socialmente desejáveis; o segundo, como um instrumento para permitir que os outros Poderes realizem a vontade popular, seja ela melhor ou pior. Em suma, Black-Douglas e seus seguidores parecem estar mais voltados para a solução de casos particulares de acordo com suas próprias concepções sociais; Frankfurter-Jackson e seus seguidores, com a preservação do Judiciário na sua posição relevante, mas limitada, dentro do sistema americano (SCHLESINGER JR., 1947, p. 208 apud BARROSO, 2010, p. 9).

Conforme salienta Barroso (2010, p. 9), o artigo foi escrito num período em que, através de uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, a Suprema Corte dos Estados Unidos promovia consideráveis transformações de práticas políticas, sem que, para tanto, houvesse a participação dos Poderes Executivo e Legislativo. Isso levou à utilização da expressão ativismo judicial, naquele País, em uma conotação negativa, porque equiparada ao exercício impróprio do poder judicial.

A partir da publicação do mencionado artigo, a expressão ativismo judicial tornou-se popular e, na atualidade, é objeto de relevante discussão, especialmente no âmbito da justiça constitucional. A seguir, passa-se à análise das atuais concepções do ativismo judicial.

### 3.1 Concepções de ativismo judicial

De um modo geral, não se encontra na doutrina sobre o assunto, um conceito sistemático do que caracteriza o ativismo judicial.

A maioria dos autores, no entanto, ao definir o ativismo judicial, relaciona a expressão ao exercício da função jurisdicional além dos limites da competência típica do Poder Judiciário.

Nesse sentido, é o entendimento de Ramos (2010, p. 129):

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.

Leal (2010, p. 24), por sua vez, define o ativismo judicial como “uma atuação mais marcante dos tribunais em relação a temas normalmente debatidos em outras esferas também democráticas de decisão, tais como o Poder Executivo e o Poder Legislativo”.

Para Barroso (2010, p. 10):

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Em muitas situações, sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios.

Kmiec (2004) apud Valle (2009, p. 23) sistematiza as definições dadas à expressão ativismo judicial, apontando cinco principais conceituações que, no seu entendimento, caracterizam a conduta ativista dos órgãos judiciais:

- a) prática destinada a desafiar atos de constitucionalidade defensável emanados em outros poderes;
- b) estratégia de não aplicação de precedentes;
- c) conduta que permite aos juízes legislar da “sala de sessões”;
- d) afastamento dos cânones metodológicos de interpretação;
- e) julgamento para alcançar resultado pré-determinado.

Na primeira conceituação, o ativismo revela-se como uma ameaça ao princípio da separação dos poderes, na medida em que, nessa hipótese, o Poder Judiciário invalida escolhas políticas dos outros Poderes.

Na segunda conceituação, consistente na não aplicação de precedentes, o ativismo caracteriza-se como uma atividade judicial que não respeita as decisões anteriores proferidas em casos idênticos, com caráter vinculante.

A terceira concepção corresponde à atividade de criação do direito pelos juízes. Nesse caso, os juízes extrapolam os limites da atividade interpretativa para realizar uma atividade criativa do direito, ou seja, exercem função típica do legislador.

No ativismo caracterizado pelo afastamento dos cânones metodológicos da interpretação, a atividade hermenêutica se dá de forma não convencional, ou seja, estranha aos métodos interpretativos normalmente aceitos. Entretanto, conforme salientado por Valle (2009, p. 23), é difícil chegar a um consenso a respeito de quais são os métodos de interpretação constitucional que configuram o ativismo judicial.

A última concepção de ativismo dada por Kmiec é aquela em que a decisão judicial visa a atingir finalidades previamente determinadas, significando que o julgado atende à vontade do julgador.

Canon (1983) apud Leal (2010, p. 33) também elenca seis dimensões que podem caracterizar o ativismo judicial. São elas: a) majoritarismo; b) estabilidade interpretativa; c) fidelidade interpretativa; d) distinção do processo democrático substantivo; e) regra específica; e f) disponibilidade de um poder alternativo de criação de políticas públicas.

Na dimensão do majoritarismo, caracteriza-se o ativismo judicial pela negação, por parte do Poder Judiciário, de regras estabelecidas por meio do processo democrático.

Já no critério da estabilidade interpretativa, o ativismo revela-se quando os precedentes recentes são alterados pelo julgador.

Na dimensão da finalidade interpretativa, configura-se o ativismo pela interpretação das normas constitucionais feita de forma a contrariar a intenção do constituinte ou a linguagem utilizada.

No que se refere ao critério da distinção do processo democrático substantivo, o que ocorre é uma maior intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas, visando a efetivação dos direitos fundamentais previstos na Carta Magna, adotando-se, assim, a teoria substancialista, ao invés da teoria procedimentalista, que privilegia a proteção do processo democrático e a preservação do princípio da separação dos poderes.

Quanto ao elemento regra específica, a decisão judicial estabelece regras próprias típicas da discricionariedade dos agentes governamentais.

Por fim, na última dimensão apontada, o ativismo judicial caracteriza-se quando a decisão judicial excede os limites da competência do Poder Judiciário, solucionando problemas de competência das outras instâncias de governo.

Orientando-se pelas concepções acima descritas, é possível concluir que o ativismo judicial revela-se, em suma, como uma atividade jurisdicional exercida de forma atípica,

extrapolando os limites da aplicação do direito, adentrando ao campo da atividade legislativa, esta essencialmente criadora do direito.

O ativismo é comumente tratado com uma conotação negativa, como uma ameaça ao princípio da separação dos poderes e à democracia. Há, porém, aqueles que veem no ativismo uma forma de efetivação dos direitos fundamentais, especialmente das minorias.

A discussão ganha maior relevância quando o ativismo é praticado pela Corte Constitucional, órgão a quem incumbe a defesa da Constituição, eis que suas decisões são dotadas de efeito *erga omnes*.

### **3.2 Autocontenção judicial e ativismo judicial**

Contrapondo-se à postura ativista, o julgador pode adotar a postura da autocontenção judicial.

Enquanto no ativismo, o Poder Judiciário, em suas decisões, assume uma conduta mais afirmativa, direcionada principalmente à garantia dos direitos fundamentais, na autocontenção ocorre o oposto: a Corte Constitucional evita proferir decisões que interfiram na esfera de atuação do legislador.

A respeito da diferença entre o ativismo e a autocontenção, é esclarecedor o ensinamento de Barroso (2010, p. 11):

A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial legitimamente exercido procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, inclusive e especialmente construindo regras específicas de conduta a partir de enunciados vagos (princípios conceitos jurídicos indeterminados). Por sua vez, a autocontenção se caracteriza justamente por abrir mais espaço à atuação dos Poderes políticos, tendo por nota fundamental a forte deferência em relação às ações e omissões desses últimos.

Ainda segundo Barroso (2010, p. 11), o Poder Judiciário, optando pela autocontenção, pauta-se pelas seguintes condutas:

(I) evita aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (II) utiliza critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (III) abstém-se de interferir na definição das políticas públicas.

Para Appio (2008a, p. 87), a autocontenção decorre da concepção de que os juízes não devem se envolver com a criação de questões políticas porque não são diretamente eleitos pelo povo.

Em defesa da autocontenção judicial, Moro (2004, p. 204) argumenta que “o juiz constitucional deve se conformar com seu papel secundário, embora relevante, em uma democracia” Segundo o entendimento desse autor, uma vez que aos representantes eleitos pelo povo compete a primazia na formulação das políticas públicas, principalmente por meio de atos legislativos, a intervenção do Poder Judiciário somente se justifica se ficar demonstrado “que a interpretação judicial da Constituição é mais acertada do que a interpretação subjacente ao ato legislativo controlado”.

Assim como o ativismo, a autocontenção não está livre de críticas. Appio (2008a, p. 81), por exemplo, entende que o Judiciário, cuja função é concretizar a Constituição, não pode se recusar a analisar uma questão que lhe é submetida, sob o argumento de que se trata de questão política. Para esse autor, “se uma questão é colocada no texto constitucional, esta opção decorre da necessidade de preservar sua integridade em face da vontade das maiorias”. A transferência de uma questão política ao Congresso importaria em afastar esta proteção.

A dificuldade da adoção da postura de autocontenção reside no fato de que à Corte Constitucional cabe, precipuamente, a guarda da Constituição, dessa função não podendo se eximir. Por outro lado, decisões mais incisivas podem interferir no campo de atuação dos demais Poderes.

Dessa forma, o que se faz necessário é encontrar um ponto de equilíbrio entre o ativismo judicial e a autocontenção, o que não se afigura uma tarefa simples, já que não se tem uma definição legal do que caracteriza uma coisa ou outra, mas tão somente posições doutrinárias.

Moro (2004, p. 227) entende que a utilização da técnica do limite da reserva de consistência é a melhor maneira de aferir se a adoção da postura de autocontenção é apropriada em determinada situação ou não. Segundo essa técnica, “a intervenção da jurisdição constitucional depende da reunião de argumentos e elementos suficientes para demonstrar o acerto do resultado que se pretende alcançar” (MORO, 2004, p. 221). Caso não seja possível superar o limite da reserva de consistência, o juiz constitucional deve, então, assumir a postura da autocontenção, dando lugar à solução adotada pelos outros Poderes constituídos, mantendo o ato controlado ou a omissão legislativa.

### **3.3 O Ativismo judicial ante o princípio da separação dos poderes**

O pensamento moderno é no sentido de que, não obstante a força coativa do poder

estatal, o Estado, ao exercê-lo, deve agir de forma racional, não se desviando de sua finalidade primordial, qual seja, a realização do bem comum.

O uso do poder de forma racional não era contemplado na teoria do Estado Absoluto. Nela, o poder concentrava-se nas mãos de uma única pessoa, o soberano, a quem cabia legislar, executar atos e solucionar os conflitos que surgiam.

De consequência, não havia qualquer tipo de controle em relação aos atos do soberano, o que favorecia o aparecimento do governo ditatorial. Os indivíduos ficavam mais sujeitos a injustiças, não tendo a quem recorrer. Não havia liberdade.

Com o objetivo principal de garantir a liberdade dos indivíduos, surge, então, a teoria da separação de poderes.

Quem primeiro vislumbrou a separação de poderes foi Aristóteles, ao identificar três diferentes funções do Estado: “a função de editar normas gerais a serem observadas por todos; a de aplicar as referidas normas ao caso concreto (administrando) e a função de julgamento, dirimindo os conflitos oriundos da execução das normas gerais nos casos concretos”. (LENZA, 2009, p. 337).

Entretanto, conforme afirma Temer (2001, p. 120), na ideia formulada pelo pensador grego, os poderes não eram independentes. Nessa concepção, a despeito da distinção entre as funções, elas ainda eram exercidas por um único órgão.

Posteriormente, no século XVII, surgiu a obra de John Locke, classificando as funções estatais em legislativa, executiva, federativa e prerrogativa. A função legislativa cabia ao Parlamento. A função executiva, exercida pelo rei, dividia-se em federativa e prerrogativa, sendo a primeira correspondente às questões referentes às relações exteriores do Estado e a segunda consistente no poder discricionário do governante, de executar o bem público, sem se subordinar a regras (DALLARI, 2011, p. 216).

Segundo Temer (2001, p. 120), Locke atribuía ao poder legislativo posição de preponderância em relação aos poderes executivo e federativo.

É com Montesquieu, no século XVIII, que aparece, então aprimorada, a teoria da separação de poderes, mais próxima da que hoje é conhecida. Na concepção daquele pensador francês, cada Estado tem três espécies de poderes: o Legislativo; o Executivo; e o Judiciário, este último por ele denominado Poder de Julgar.

Na teoria de Montesquieu, aponta-se a separação de poderes como essencial à liberdade dos indivíduos, destacando-se a necessidade de que os três poderes atuem de forma independente. É o que se depreende de suas afirmações:

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura, o Poder

Legislativo é reunido ao Executivo, não há liberdade. Porque pode temer-se que o mesmo Monarca ou o mesmo Senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Poder Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o Juiz seria o Legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor (MONTESQUIEU, 1998, p. 167).

A teoria da separação do Poder do Estado, formulada por Montesquieu, foi logo acolhida pela Constituição dos Estados Unidos da América, em 1787 e, mais tarde, em 1848, pela Constituição Francesa.

No Brasil, segundo afirma Maluf (1999, p. 211), o sistema constitucional sempre observou a divisão tríplice do poder, desde a Constituição Imperial de 1824, que, em seu artigo 9º, já declarava que “a divisão e harmonia dos poderes políticos é o princípio conservador dos direitos do cidadão, e o mais seguro meio de fazer efetivas as garantias que a Constituição oferece”.

A nossa atual Constituição Federal, promulgada em 1988, em seu artigo 2º, estabelece que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Mais adiante, no artigo 60, § 4º, inciso III, verifica-se que a Carta Magna elevou a separação de poderes à categoria de cláusula pétrea (BRASIL, 1988).

Atualmente, o princípio da separação dos Poderes é tido como uma característica fundamental do sistema constitucional, além de constituir elemento essencial à democracia.

Nesse sentido, afirma Dallari (2011, p. 217):

Foi a intenção de enfraquecer o poder do Estado, complementando a função limitadora exercida pela Constituição, que impôs a separação de poderes como um dos dogmas do Estado Moderno, chegando-se mesmo a sustentar a impossibilidade de democracia sem aquela separação.

Buscando justificar a importância da separação de poderes, construiu-se a teoria do sistema de freios e contrapesos. Esse sistema consiste na contenção de um poder por outro poder. Estabelece essa doutrina a existência de duas espécies de atos que podem ser praticados pelo Estado: os atos gerais e os atos especiais. O Poder Legislativo pratica os atos gerais, que são abstratos e, portanto, não atua concretamente na vida social. O Poder Executivo, por sua vez, pratica os atos especiais, que são atos concretos, encontrando-se sua discricionariedade, entretanto, limitada pelos atos gerais emitidos pelo Legislativo. Se houver exorbitância de qualquer dos poderes, surge a fiscalização do Poder Judiciário, que atuará de forma a manter cada órgão nos limites de sua esfera de competência (DALLARI, 2011, p. 218).

É importante salientar que a teoria da separação dos poderes não implica em admitir a existência de vários poderes, uma vez que o poder do Estado é uno e indivisível. Significa, sim, dizer que o poder do Estado, embora uno e indivisível, manifesta-se através de três órgãos distintos, que exercem as diferentes funções estatais de legislar, executar e julgar.

Em decorrência dessa unidade e indivisibilidade do Poder do Estado, considera-se inadequada a utilização da expressão “tripartição de poderes”. Mais apropriado seria utilizar a expressão “separação de funções”.

Não obstante, uma vez que, no caso do Brasil, a própria Constituição Federal refere-se a separação de poderes, não há problema em também utilizar tal expressão, atentando-se, porém, para o fato de que ela deve ser entendida como separação de órgãos ou separação de funções, conforme o caso.

Cada um dos diferentes órgãos, por meio dos quais se manifesta o Poder do Estado, exerce uma função que lhe é própria, uma função típica.

A função típica do Poder Legislativo é legislar. Executar é função típica do Poder Executivo. Ao Poder Judiciário, por fim, incumbe a função típica de julgar.

Atipicamente, entretanto, é possível que cada um desses órgãos exerça funções atribuídas a outro, em casos específicos. Há, aí, certa flexibilidade na separação de poderes, permitida pela Constituição.

Nesse passo, o Executivo, por exemplo, pode exercer a função atípica de legislar, ao editar uma medida provisória, conforme autoriza a Constituição. Da mesma forma, pode exercer função atípica de julgar, ao apreciar recursos administrativos. O Legislativo, através do Senado, também pode exercer função atípica jurisdicional, uma vez que autorizado pela Carta Magna a, por exemplo, julgar o Presidente da República, nos crimes de responsabilidade. O Judiciário e o Legislativo atuam atipicamente, exercendo função executiva, quando organizam seus serviços, concedem férias aos seus servidores e executam outras atividades afins (LENZA, 2009, p. 339).

A regra constitucional é que os órgãos atuem de forma independente e harmônica entre si. Fora dos casos expressamente previstos na Constituição, um Poder não pode delegar a outro uma atribuição que lhe é atribuída pela Carta Magna. Da mesma forma, um Poder não pode usurpar a atribuição de outro Poder.

Se um órgão se afasta de sua função típica, a consequência inevitável será a interferência no campo de atuação de outro órgão. Quando é o Poder Judiciário que interfere no campo de atuação dos demais Poderes, ocorre a manifestação do fenômeno do ativismo judicial.

Nesse sentido, é o entendimento de Ramos (2010, p. 116):

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

Na opinião de Leal (2010, p. 135), no modelo de repartição de Poderes, quando um Poder se enfraquece, outro cresce. Nessa esteira, afirma que o recente fortalecimento do Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do Poder Judiciário no Brasil, decorre de certo enfraquecimento dos demais Poderes.

Ainda segundo Leal (2010, p. 135-137), o enfraquecimento dos Poderes Executivo e Legislativo, atores centrais do processo democrático e da representatividade popular, é consequência da crise de legitimidade que atravessam, motivada, principalmente, pelo populismo demagógico dos governantes e pelo desgaste enfrentado pelos parlamentares, alvos frequentes de denúncias, acusações e, conseqüentemente, da rejeição popular. Para suprir as lacunas deixadas por esses Poderes, a atuação do Poder Judiciário, notadamente do Tribunal Constitucional, é fundamental para fazer valer a Constituição e suas garantias.

Ramos (2010, p. 119-120) reconhece que as decisões judiciais são necessariamente criativas e inovadoras, mas chama a atenção para o fato de que a liberdade de criação do Poder Judiciário é significativamente menor do que aquela reservada ao Poder Legislativo. Por essa razão, alerta que o desrespeito, por parte do Poder Judiciário, aos limites impostos à criatividade da jurisprudência afeta as demais funções estatais, especialmente a legiferante e constitui grave agressão ao princípio da separação de poderes.

Leal (2010, p. 137), por sua vez, entende que o Supremo Tribunal Federal, ao interpretar a Constituição, não ofende o princípio da tripartição de poderes. Para ele, o uso de certa medida de criação pelo Supremo Tribunal Federal não extravasa suas competências, mas, pelo contrário, consiste no estrito cumprimento de sua função institucional e primordial, qual seja, a guarda da Constituição.

A partir dessas considerações, é possível concluir que a observância do princípio da separação dos poderes é essencial para a preservação do Estado Democrático de Direito, na medida em que possibilita o exercício racional do poder, o que assegura a liberdade dos indivíduos.

Portanto, cabe aos órgãos estatais pautarem suas ações por esse princípio, limitando-se a realizar suas funções típicas, ressalvadas as hipóteses em que a própria Constituição autoriza o exercício de funções atípicas.

O Poder Judiciário, responsável pelo controle de constitucionalidade dos atos dos demais órgãos, pode e deve exercer tal função, uma vez que ela é essencial para conter eventuais abusos do Legislativo e do Executivo. Porém, não pode o Judiciário valer-se dessa função para usurpar as competências atribuídas aos outros Poderes, sob pena de colocar em risco a sobrevivência do sistema democrático.

### **3.4 Fatores que favorecem a prática do ativismo judicial no contexto da jurisdição constitucional no Brasil**

Um dos fatores que favorecem o ativismo judicial no contexto da jurisdição constitucional no Brasil é a adoção do modelo de Estado intervencionista, segundo o qual o Estado assume uma posição atuante, a tudo provendo e em tudo intervindo (Ramos, 2010, p. 270). O Estado figura como garantidor de qualidade de vida ao indivíduo, através de ações positivas, direcionadas à garantia do bem-estar social (STRECK, 2002, p. 32).

No modelo de Estado intervencionista, o que se espera é que o Estado atue na garantia dos direitos fundamentais. Em não o fazendo os Poderes Executivo e Legislativo, a pressão para tal volta-se para o Poder Judiciário. Nesse sentido, posiciona-se Streck (2002, p. 33):

Inércias do Poder Executivo e falta de atuação do Poder Legislativo podem ser supridas pela atuação do Poder Judiciário, mediante a utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito. Registre-se que, no caso brasileiro, o constituinte brindou a sociedade (e, portanto, a comunidade jurídica) com instrumentos aptos a suprir a inércia dos Poderes Executivo e Legislativo, como é o caso do mandado de injunção, a inconstitucionalidade por omissão, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, só para citar alguns.

Nesse passo, sendo provocado a decidir questões em que os demais Poderes, por ação ou por omissão, deixaram de observar os preceitos constitucionais, o Supremo Tribunal Federal está mais propenso a adotar uma postura ativista para garantir que o Estado cumpra seu papel de assegurar a efetividade dos direitos fundamentais.

Associado a esse fator, temos também, conforme apontado por Ramos (2010, p. 274), a expansão do controle abstrato de normas como outro elemento que impulsiona o ativismo judicial no Brasil. Tal expansão decorre dos seguintes fatos: ampliação do rol dos

legitimados a propor as ações diretas de inconstitucionalidade; extensão do objeto dessas ações, para abranger também as omissões inconstitucionais; criação da arguição de descumprimento de preceito fundamental; e criação da ação direta declaratória de constitucionalidade.

Através desses instrumentos, conforme já estudado em capítulo anterior, o Supremo Tribunal Federal realiza o controle concentrado de constitucionalidade dos atos normativos, detendo legitimidade para invalidar os atos dos demais poderes, contrários à Constituição. Com a intensificação dessa atividade, motivada pela ampliação das hipóteses em que se reclama a atuação do Poder Judiciário, aumenta-se a probabilidade de o Tribunal Constitucional incidir na prática do ativismo judicial, substituindo-se ao legislador.

Outro fator importante, também apontado por Ramos (2010, p. 293), a incrementar o ativismo judicial em nosso País, é a função normativa atípica do Supremo Tribunal Federal. Esta se verifica na edição de Súmulas Vinculantes, bem como na recente tendência demonstrada pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de adotar a posição concretista geral no julgamento dos mandados de injunção.

A ineficiência do Poder Legislativo é outro elemento bastante significativo, senão o mais importante, a desencadear a prática do ativismo judicial no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Diversos temas relevantes, de índole constitucional e de interesse da coletividade, que deveriam ser regulamentados pelo Poder Legislativo, acabam sendo relegados ao esquecimento, na maior parte das vezes, por falta de vontade política dos membros do parlamento em enfrentar determinadas questões.

A esse respeito, manifesta-se Leal (2010, p. 106):

O Congresso Nacional seja por qual razão, se vê diante da incrível dificuldade de deliberar sobre temas por vezes impopulares e que refletem negativamente junto ao eleitorado. Isso em total falta de sintonia com a população, muitas vezes necessitada da regulamentação de direitos constitucionais ou de normas programáticas.

Contribui para a ineficiência do Poder Legislativo o abuso da discricionariedade legislativa, que é criticada por Perez (2012, p. 139), nos seguintes termos:

Quando não obrigado constitucionalmente, razoável a decisão do Poder Legislativo em não legislar sobre determinada matéria, ao aguardo de suficiente informação ou amadurecimento sobre a questão. Contudo, fere a razoabilidade a decisão de furtar-se ao cumprimento da função, em razão de incômodos causados por conflitos de natureza moral, relegando os embaraços da decisão política ao Poder Judiciário.

Diante das omissões injustificadas do Poder Legislativo, os problemas delas decorrentes acabam chegando ao Supremo Tribunal Federal, que, em alguns casos, ao decidir a questão, confere às suas decisões caráter normativo, usurpando função típica de outro Poder.

### **3.5 A tutela do direito das minorias como justificativa para o ativismo judicial**

A tutela do direito das minorias, estas entendidas como aqueles grupos sociais minoritários, vulneráveis e excluídos da sociedade, tem sido apontada como uma das hipóteses em que o ativismo judicial é justificável.

A ideia de democracia é comumente atrelada à concepção de que a vontade da maioria deve prevalecer sobre a vontade da minoria, como forma de se promover a justiça.

Entretanto, embora não se negue a importância do princípio majoritário, tal pensamento não se mostra de todo acertado, uma vez que, por óbvio, a vontade da maioria, nem sempre, representa a decisão mais justa.

Dessa forma, a democracia deve ser considerada também como forma de garantir o respeito aos direitos fundamentais dos grupos minoritários. Nesse sentido, afirma Tavares (1998, p. 84):

A democracia só existe quando, para além dos direitos e liberdades fundamentais e do princípio da subordinação de todos à lei (governo de leis e não de homens), assegura-se que a maioria não sufocará os correlatos direitos da minoria, alcançados após uma longa evolução histórica.

É de se salientar que, em certos casos, em nome da democracia, fundada na regra da maioria, é até mesmo possível que se exerça uma espécie de tirania em relação aos grupos minoritários, o que não se compatibiliza com o Estado Democrático de Direito.

Diante dessa possibilidade, Appio (2008a, p. 37) entende que a regra da maioria deve ser revista:

A regra da maioria pode facilmente se converter em ditadura das maiorias, especialmente nas sociedades pós-modernas, imersas em um universo marcado pela tecnologia da informação (comunicação social). [...] Em uma sociedade que aspira o pluralismo como um dos seus principais objetivos históricos, a regra da maioria deve ser revista, o que significa dizer que o Judiciário tem a missão de preservar um espaço intangível da individualidade humana.

Do exposto, denota-se que a jurisdição constitucional assume papel de fundamental importância para a preservação dos direitos da minoria, já que possibilita a revisão judicial dos atos que configurem excessos do legislador, representante, em tese, da vontade da

maioria.

Sem a possibilidade de revisão judicial, os grupos minoritários, eventualmente prejudicados por uma lei inconstitucional, ver-se-iam totalmente desprotegidos, sem ter a quem recorrer, sendo obrigados a conformar-se com uma decisão injusta, simplesmente porque decorrente da vontade de grupos majoritários.

Sampaio (2002, p. 76), discorrendo sobre os benefícios da justiça constitucional para as minorias, afirma:

Em diversas situações, ficam evidentes os benefícios que gozam as minorias pela intervenção do juiz constitucional. Do ponto de vista formal, elas tendem a ser tratadas como iguais e possuem iguais oportunidades de debater e defender suas teses e interesses, com maior probabilidade de êxito, em face dos grupos majoritários e do processo legislativo.

Pelas razões expostas, não resta dúvida de que o Tribunal Constitucional é o órgão mais indicado para defender a minoria de uma possível “ditadura da maioria”, porque seus membros estão distantes das disputas partidárias e gozam de garantias que os tornam mais aptos a tomar decisões imparciais.

Diante da tendência de que grupos majoritários, agindo no âmbito do Poder Legislativo, façam prevalecer seus interesses, oprimindo os grupos minoritários, é mesmo admissível que o Poder Judiciário, sendo provocado, tenha uma postura mais afirmativa, com o objetivo de fazer valer os preceitos constitucionais também para os grupos que não tenham acesso à representação política. Porém, deve fazê-lo com a necessária cautela, nos limites do que for exigido para a solução do caso, a fim de não interferir injustificadamente no âmbito de atuação dos demais Poderes.

### **3.6 O ativismo na recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**

A seguir, serão apresentados, a título exemplificativo, alguns casos nos quais é possível verificar a presença do fenômeno do ativismo judicial na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

#### **3.6.1 A doutrina brasileira do *habeas corpus***

Antes de analisar a presença do ativismo judicial na jurisprudência mais recente do Supremo Tribunal Federal, é relevante mencionar um importante antecedente histórico de criação jurisprudencial, a doutrina brasileira do *habeas corpus*.

Com efeito, a referida doutrina trata-se do primeiro exemplo significativo de criação jurisprudencial no Brasil, no âmbito da jurisdição constitucional.

De acordo com Ramos (2010, p. 226), a doutrina brasileira do *habeas corpus* corresponde a uma construção exegética realizada pelo Supremo Tribunal Federal em relação àquele instituto, com o fim de torná-lo apto a proteger outros direitos e liberdades constitucionais que, à época, não tinham a mesma proteção.

O Código de Processo Penal de 1832 previa a ação de *habeas corpus*, com a finalidade específica de tutela da liberdade de locomoção (RAMOS, 2010, p. 226). Assim, até então, esse remédio jurídico era admitido como apto a proteger tão somente a liberdade de locomoção.

A situação mudou com a constitucionalização do instituto, ocorrida com o advento da Constituição Brasileira de 1891, que estabeleceu que o *habeas corpus* fosse concedido sempre que alguém sofresse ou se achasse em iminente perigo de sofrer violência, ou coação, por ilegalidade ou abuso de poder (MORO, 2004, p. 87).

Diante da redação do texto constitucional e da inexistência de outros remédios jurídicos aptos a proteger as demais liberdades (ainda não se havia concebido o Mandado de Segurança), o Supremo Tribunal Federal fez uma interpretação extensiva do dispositivo e, por meio de construção jurisprudencial, ampliou o rol das liberdades tuteladas pelo referido remédio constitucional.

Exemplo de aplicação da doutrina ocorreu com a concessão, em 1909, de *habeas corpus* a um grupo de intendentess do Conselho Municipal do Distrito Federal que estavam sendo impedidos pelo Presidente da República de ingressar no prédio daquele órgão legislativo e exercer as funções para as quais haviam sido eleitos. Não obstante a concessão da ordem, o então Presidente da República, Hermes da Fonseca, negou-se a cumpri-la, sob a alegação de que o Supremo Tribunal Federal havia exorbitado suas atribuições (MORO, 2004, p. 88-89). Essa atitude, no dizer de Ramos (2010, p. 230), foi “um dos mais graves episódios de menoscabo ao exercício da função jurisdicional de nossa história republicana”.

Outro exemplo da extensão do uso do *habeas corpus* foi a concessão da ordem pelo Supremo Tribunal Federal em uma ação impetrada por Rui Barbosa, contra a proibição de que se publicasse na imprensa um discurso por ele proferido no Senado. Admitiu-se, nesse caso, a utilização do remédio constitucional, para garantir a liberdade de expressão e não de locomoção (MORO, 2004, p. 90).

Pedro Lessa, ministro do Supremo Tribunal Federal à época, adotava um posicionamento intermediário. Entendia que, não obstante o instituto se limitasse à proteção

de liberdade de locomoção, a sua utilização poderia ser estendida, porém, apenas para proteção de direitos conexos, ou, em outras palavras, para tutela da liberdade-meio e, por consequência, do direito-fim, desde que este fosse incontroverso (MORO, 2004, p. 89).

Segundo Moro (2004, p. 92-93), no caso da doutrina do *habeas corpus*, o Supremo Tribunal Federal “foi sensível às necessidades da época e interpretou o texto constitucional desenvolvendo todas as potencialidades da ação constitucional”, não se contendo diante da origem do instrumento ou do passado invocado pela expressão *habeas corpus*.

Para Ramos (2010, p. 232), a doutrina do *habeas corpus* não representou ativismo judicial da Suprema Corte, uma vez que foi estruturada a partir de interpretação extensiva do dispositivo-matriz da garantia e baseada em elementos genéticos, gramaticais, sistemáticos e teleológicos. Além disso, segundo esse autor, a doutrina construída se situava numa posição intermediária entre o conservadorismo dos que pretendiam manter o *habeas corpus* restrito à estrita proteção da liberdade de locomoção, e os exageros de outros, que projetavam para o instituto finalidade desvinculada de sua origem histórica.

Não obstante, ainda segundo Ramos (2010, p. 233), o Supremo Tribunal Federal, na aplicação daquela doutrina, nem sempre ficou adstrito aos limites impostos pelo ordenamento, tendo agido, em alguns casos, de maneira ativista. Exemplifica o autor citando o posicionamento do Ministro Enéas Galvão durante o julgamento do HC 3697/1914, que sustentou que “pouco importava que no Direito estrangeiro o *habeas corpus* tivesse essa ou aquela conformação, já que o STF era o intérprete soberano da Constituição brasileira, dando-lhe maior ou menor extensão”.

### **3.6.2 Regulamentação do direito de greve dos servidores públicos**

Conforme já mencionado no primeiro capítulo deste trabalho, a jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal, em julgamentos de mandados de injunção, tem dado demonstração da adoção da posição concretista geral, segundo a qual a decisão proferida produz efeito *erga omnes*, até que o Poder Legislativo edite norma regulamentando a matéria. Nesse caso, o Poder Judiciário substitui o legislador, regulando o caso concreto.

Foi o que ocorreu, no ano de 2007, com o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, dos Mandados de Injunção n°s 670, 708 e 712, por meio dos quais entidades sindicais buscavam a garantia do exercício do direito de greve aos servidores públicos.

O direito em questão está previsto no artigo 37, VII, da Constituição Federal. No

entanto, a efetividade dessa garantia constitucional carecia de norma regulamentadora. Daí a necessidade de impetração do mandado de injunção, para garantir a possibilidade do seu exercício, que estava sendo inviabilizado pelos órgãos aos quais os servidores públicos estavam vinculados.

Em mandados de injunção impetrados anteriormente aos acima referidos, o Supremo Tribunal Federal havia se limitado a alertar o Congresso Nacional para que editasse a lei faltante. Entretanto, conforme salienta Valle (2009, p. 131), a falta de razoabilidade da omissão diferenciava a nova situação das anteriores. Muito tempo já havia se passado desde a promulgação da Constituição, sem que o legislador ordinário editasse a norma regulamentadora, o que justificava a regulação da matéria pelo Judiciário.

O Supremo Tribunal Federal, então, ao julgar os Mandados de Injunção nºs 670, 708 e 712, propôs, por maioria, a solução para a omissão legislativa com a aplicação, no que coubesse, da Lei nº 7.783/1989 (BRASIL, 2007). Referida lei dispõe sobre o exercício do direito de greve dos trabalhadores da iniciativa privada. A decisão tem efeito *erga omnes* até que o legislador edite a norma faltante.

Leal (2010, p. 186) ressalta que o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, que prevaleceu nos Mandados de Injunção nºs 670 e 708, demonstrou receio de que a Corte passasse a ser vista como um Poder que invade as atribuições do Legislativo, argumentando que o fato de aquele Tribunal decidir pela edição da norma regulamentadora naquele caso não significava a assunção do compromisso com o exercício de uma típica função legislativa, mas se tratava de aceitar a possibilidade de uma regulação provisória pelo Poder Judiciário.

Pode-se dizer que, nesse caso, o Supremo Tribunal Federal adotou, sim, uma postura ativista, uma vez que, ao regular a matéria concernente ao direito de greve dos servidores públicos, substituiu-se ao legislador ordinário.

No entanto, de acordo com Valle (2010, p. 131), justificou-se essa postura ativista, já que se tratava de uma situação desarrazoada de omissão legislativa. A concretização normativa da Constituição não poderia ficar reservada, exclusivamente, ao julgamento de conveniência e oportunidade do Poder Legislativo.

Leal (2010, p. 187-188) também aponta a inércia injustificada do Poder Legislativo como um fator determinante a possibilitar uma postura mais afirmativa do Judiciário, para garantir a eficácia das normas constitucionais:

Interessante notar que, aqui, tínhamos setores organizados da sociedade interessados em ver o Congresso Nacional, portanto, a Casa dos seus representantes, deliberando sobre a delicada questão da greve dos servidores

públicos. Ainda assim, nada foi feito. O texto constitucional, durante vinte anos, ficou a esperar. Há, na melhor das hipóteses, uma falta de sintonia entre mandantes e mandatários, entre representantes e representados. A conclusão do julgamento corresponde à certeza de que o Supremo deu mais um importante passo no resgate dos valores constitucionais e na concretização dos direitos e garantias fundamentais de cuja eficácia não mais é possível relegar à vontade do Poder Executivo ou do Legislativo, como é o caso.

Importante destacar que, mesmo após o julgamento dos mandados de injunção pelo Supremo, o Poder Legislativo, que se viu substituído pelo Judiciário na realização de sua função típica, não providenciou a edição de lei destinada a regulamentar o direito de greve dos servidores públicos, permanecendo, portanto, até agora, a omissão legislativa.

### **3.6.3 Proibição do nepotismo no serviço público**

Em 21 de agosto de 2008, o Supremo Tribunal Federal aprovou, por unanimidade, a Súmula Vinculante nº 13, que veda o nepotismo no serviço público. Seu teor é o seguinte:

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal (BRASIL, 2008, p. 24).

Por força do disposto no artigo 103-A da Constituição Federal, a Súmula Vinculante deve ser observada, obrigatoriamente, por todos os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública Direta e Indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

A Súmula foi editada com o objetivo de ampliar o entendimento assentado no julgamento do Recurso Extraordinário autuado sob nº 579.951. De acordo com esse entendimento do Supremo, a nomeação de parentes para cargos e funções que não exigem concurso público fere os princípios da moralidade, da impessoalidade e da eficiência, sendo, portanto, ilícita pelo simples fato de contrariar vedação que decorre diretamente dos princípios contidos na Constituição Federal, dispensando-se, por essas razões, a edição de lei formal que a contemple (RAMOS, 2010, p. 259).

Ramos (2010, p. 256-261), entretanto, discorda do entendimento de que a vedação do nepotismo dispensa a regulamentação por legislação ordinária. Para ele, os princípios da impessoalidade, da moralidade e da eficiência não são suficientes para disciplinar a matéria,

ou seja, o enfrentamento da prática do nepotismo, embora necessário, não poderia se dar apenas mediante a aplicação direta de princípios constitucionais.

Do mesmo entendimento, comunga Appio (2008b, p. 2):

Note-se, por fim, que a própria Constituição Federal estabelece que o provimento destes cargos comissionados — em número crescente durante a gestão do atual Presidente da República — se dá com plena liberdade em favor do Administrador Público. Esta limitação, por conseguinte, somente poderia derivar de emenda à Constituição ou, pelo menos, lei federal aprovada pelo Congresso Nacional, mas nunca por decisão unilateral da mais alta Corte do país, ansiosa por regular o tema.

Analisando-se o texto da Súmula e sua extensão, é possível verificar que se trata de uma construção normativa. Pode-se dizer, portanto, que, no caso em estudo, o Poder Judiciário extrapolou os limites de sua competência, invadindo, por consequência, o campo de atuação do Poder Legislativo, a quem caberia editar norma infraconstitucional destinada a regulamentar a restrição ao nepotismo.

### **3.6.4 Reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar**

Em maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 132, reconheceu a união estável para casais do mesmo sexo, conferindo à decisão eficácia *erga omnes* e efeito vinculante (BRASIL, 2011).

As ações foram ajuizadas naquela Corte pela Procuradoria-Geral da República e pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, respectivamente.

A questão é polêmica e o resultado do julgamento reacendeu o debate sobre o ativismo judicial, diante de uma possível exorbitância, por parte do Supremo Tribunal Federal, de suas atribuições, com usurpação de atribuição do Poder Legislativo e inobservância do princípio majoritário.

Para chegar a uma conclusão, coube ao Supremo proceder à interpretação do § 3º, do artigo 226, da Constituição Federal que dispõe que “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento” (BRASIL, 1988).

Coube também à Suprema Corte analisar, à luz da Constituição Federal, o artigo 1.723, do Código Civil, que estabelece: “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família” (BRASIL, 2002).

No julgamento das ações, entendeu o excelso Tribunal que o texto constitucional em comento, ao se referir a homem e mulher, teve como objetivo resgatar diferenças históricas entre os sexos e não restringir a união estável a essa única hipótese. O caráter da norma seria, portanto, de inclusão e não de exclusão. Deu-se, portanto, uma interpretação não-reducionista ao conceito de família a que alude a Constituição Federal (VIEIRA, 2012, p. 72).

O Supremo decidiu ainda dar ao artigo 1.723, do Código Civil, interpretação conforme a Constituição, para o fim de excluir desse dispositivo legal qualquer significado que impedisse o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo como família.

A respeito dos demais fundamentos da decisão, salutar a leitura de Vieira (2012, p. 72):

No mais, a considerar o direito subjetivo de constituir família, fundamentou-se ainda a decisão segundo os princípios da essencial dignidade da pessoa humana, na vertente de proteção à autonomia individual; da igualdade, ao impedir tratamento diferenciado segundo as preferências pessoais de cada um; da liberdade, no que tange à opção pela livre escolha de orientação sexual; da não discriminação, conquanto constitua um dos objetivos fundamentais da República; da segurança jurídica, como forma de afastar os efeitos decorrentes das relações homoafetivas e do direito à busca da felicidade enquanto postulado constitucional implícito.

Não obstante os relevantes fundamentos da decisão do Supremo Tribunal Federal, constata-se que aquela Corte adotou uma postura ativista, extrapolando os limites da interpretação constitucional, uma vez que o texto da Constituição é bastante claro e refere-se apenas a união estável entre homem e mulher como entidade familiar.

Nesse sentido é o entendimento de Vieira (2012, p. 75), segundo o qual o Supremo utilizou-se “de atuação hermenêutica sem precedente, de modo a buscar uma exegese que pudesse defender o posicionamento da Corte”. Segundo essa autora, não haveria que se falar em interpretação conforme a Constituição, já que a norma indiretamente questionada (artigo 1.723, do Código Civil) também é constitucional, uma vez que não há incompatibilidade entre os textos, que têm praticamente a mesma redação.

Aqui cabe menção ao entendimento de Mendes (1998, p. 224), a respeito dos limites da interpretação conforme a Constituição:

A interpretação conforme a Constituição é, por isso, apenas admissível se não configurar violência contra a expressão literal do texto e não alterar o significado do texto normativo, com mudança radical da própria concepção originária do legislador.

Barroso (2009a, p. 373) também ressalta que a interpretação conforme a Constituição “tem por limite as possibilidades semânticas do texto, para que o intérprete não se converta

indevidamente em legislador positivo”.

Em tendo a Corte Constitucional conferido à Constituição uma extensão não desejada pelo constituinte originário, a postura ativista tem uma conotação mais grave, uma vez que o que se realizou foi um controle de constitucionalidade da própria norma constitucional, o que não se admite no ordenamento pátrio.

Nesse sentido é o entendimento de Vieira (2012, p. 75):

Não compete ao Poder Judiciário, a pretexto de interpretar, redefinir a Constituição segundo seus próprios valores. Isto porque, interpretar é possibilitar a escolha entre duas decisões possíveis, não cabendo ao tribunal ser ativista em questões onde extrapola à própria Constituição.

Em sentido contrário, Appio (2008a, p. 375), referindo-se ao reconhecimento das uniões homoafetivas, em obra publicada anteriormente ao julgamento dessas ações pelo Supremo, expressou o entendimento de que, no caso, deveria ser descartada a autocontenção, para se buscar no ativismo judicial a chave para a proteção efetiva das minorias. Para ele, o Supremo e não o Congresso deveria decidir o caso. O autor entende que o fato de o Judiciário tratar do tema é uma forma de impulsionar o debate acerca da reforma da Constituição.

Entretanto, a admissão de tal posicionamento significaria desnaturar o papel da jurisdição constitucional, na medida em que atribui à Suprema Corte função política que não lhe compete.

### **3.6.5 Perda do mandato eletivo por desfiliação partidária**

Em 04 de outubro de 2007, no julgamento dos Mandados de Segurança nºs 26.602/DF, 26.603/DF e 26.604/DF, todos impetrados por partidos políticos, o Supremo Tribunal Federal enfrentou a questão da fidelidade partidária, tendo assentado o entendimento de que, no sistema eleitoral proporcional, os mandatos eletivos pertencem aos partidos políticos. Em consequência, se o candidato abandonar o partido pelo qual se elegeu, perde o direito de continuar a exercer o mandato (BRASIL, 2007).

A decisão ratificou resposta que já havia sido dado pelo Tribunal Superior Eleitoral, no mesmo sentido, em consulta a respeito da matéria, formulada pelo Partido da Frente Liberal (PFL).

No mesmo julgamento, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu que é garantido o direito à ampla defesa ao parlamentar que se desfilia do partido e modulou os efeitos da decisão para que estes fossem produzidos a partir da data da resposta do Tribunal Superior Eleitoral à consulta já mencionada. Determinou-se, ainda, que o Tribunal Superior Eleitoral,

após a edição de resolução disciplinadora, deveria decidir sobre os pedidos de declaração de vacância do posto ocupado pelo parlamentar desfiliação.

Em decorrência da decisão da Suprema Corte, o Tribunal Superior Eleitoral editou a Resolução nº 26.610/2007, regulamentando o procedimento de perda do cargo eletivo.

Conforme será demonstrado pelos argumentos que seguem, a postura adotada pela Suprema Corte no caso em estudo tem caráter tipicamente ativista, ou seja, caracteriza atividade criativa do direito. No dizer de Ramos (2010, p. 249), a decisão “configura um dos episódios mais característicos de ativismo judiciário de toda a história daquela Excelsa Corte”.

O sistema eleitoral proporcional, pelo qual se assegura a distribuição da representação de maneira proporcional aos votos obtidos pelos partidos ou coligações partidárias, está previsto no artigo 45, *caput*, da Constituição Federal. Entretanto, a Carta Magna não estabelece a perda do mandato eletivo como consequência da desfiliação partidária.

Por essa razão, não obstante se admita que a migração partidária entre parlamentares eleitos seja prejudicial ao pluralismo político, tal problema não poderia ter sido resolvido no âmbito da jurisdição constitucional, com dispensa de regulamentação pelo poder constituinte derivado e pelo legislador ordinário.

Ao conferir à sua decisão caráter normativo, o Supremo Tribunal Federal foi além de sua competência de interpretação da Constituição, substituindo-se ao legislador.

Importante salientar que, em razão da omissão da Constituição e da lei, a jurisprudência anterior do Supremo era no sentido de que a desfiliação partidária não importava em perda do mandato.

O argumento utilizado pelo Tribunal para a modificação do seu entendimento foi de que, não obstante a omissão da Constituição e da lei, a perda do mandato em caso de desfiliação partidária decorre da lógica constitucional, uma vez que a Carta Magna consagra o regime democrático, o sistema de eleição proporcional e a necessidade de filiação partidária como condição de elegibilidade (PEREZ, 2012, p. 115).

A esse respeito, discorre Ramos (2010, p. 247-248):

O núcleo da fundamentação utilizada pela maioria para emprestar à desfiliação partidária efeitos diversos dos que até então eram reconhecidos pela própria corte reside no princípio da representação proporcional, aplicado conjuntamente com a norma-princípio que assegura aos partidos o monopólio das candidaturas em eleições sob sistema proporcional majoritário, o mesmo sistema exegético trilhado pela Justiça Eleitoral.

Em posicionamento crítico à decisão do Supremo, Ramos (2010, p. 250) afirma:

A afirmação de um princípio constitucional não pode servir de pretexto argumentativo ao Poder Judiciário para impor normatização que ultrapasse os lindes de sua competência, antes executória do que criadora de normas disciplinadoras de conduta.

A postura ativista revela-se, principalmente, porque o princípio da representação proporcional, sob o qual se fundou a decisão, não permite os desdobramentos que lhe foram conferidos pela decisão da Corte Constitucional.

Nesse sentido é o entendimento de Ramos (2010, p. 250). Para o autor, o princípio da representação proporcional não permite outras conclusões além daquela que “no preenchimento de cargos legislativos sujeitos a esse sistema eleitoral, deve-se observar a proporção entre o número desses cargos e a votação obtida pelas agremiações partidárias”. Portanto, sem que houvesse regulamentação da matéria, não seria possível, pela só interpretação da Constituição, a conclusão automática de que a infidelidade partidária resulta em perda do mandato.

Além disso, infere-se que a decisão contrariou a vontade do Poder constituinte originário, uma vez que a perda do mandato em caso de infidelidade partidária era expressamente prevista em texto constitucional anterior (Constituição de 67/69), mas não foi contemplada pela atual Constituição de 1988.

Esse mesmo entendimento foi manifestado pelo ministro Joaquim Barbosa, que teve seu voto vencido no Mandado de Segurança nº 26604. Salutar a transcrição de parte do voto:

Não me parece adequado resolver a questão posta à luz de princípios supostamente implícitos na Constituição. A razão para isso é muito simples. É que, a meu ver, o constituinte de 1988 disciplinou conscientemente a matéria, e fez a opção deliberada de abandonar o regime de fidelidade partidária que existia no sistema constitucional anterior, que previa perda de mandato nesses casos. Optou, nos artigos 55 e 56 da Constituição, por dizer de maneira exaustiva quais são as hipóteses de perda do mandato pelo parlamentar eleito pelo voto popular. Dentre essas hipóteses, não figura a perda por infidelidade partidária, como bem já decidiu essa Corte diversas vezes (BRASIL, 2007, p. 337).

O que se percebe é que, diante da necessidade de regulamentação da fidelidade partidária e da omissão do legislador, o Supremo Tribunal Federal fez uma construção jurisprudencial, com o fim de atingir o resultado almejado, o que configura uma das acepções do ativismo judicial, já estudada.

Assim agindo, interferiu o Poder Judiciário na área de atuação do Poder Legislativo, ferindo o princípio da separação de poderes e afastando a possibilidade de debate político sobre a questão, o que é prejudicial ao sistema democrático.

### **3.7 Limites e possibilidades do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal**

Feita a constatação da presença do ativismo judicial na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal, cabe analisar as possibilidades e os limites da postura ativista no âmbito daquela Corte Constitucional.

Conforme já se demonstrou neste trabalho, o controle de constitucionalidade dos atos normativos corresponde a mecanismos criados pela Constituição para a defesa de sua supremacia.

O Supremo Tribunal Federal está legitimado, pela própria Carta Magna, a exercer o controle de constitucionalidade, podendo, assim, invalidar os atos produzidos pelo Poder Legislativo, que não se compatibilizem com o texto constitucional, funcionando, nesse caso, como uma espécie de legislador negativo.

Entretanto, a postura ativista manifesta-se, mais comumente, quando o caso é de omissão legislativa. É nessa hipótese que, conforme verificado pela análise da jurisprudência do Supremo, o controle de constitucionalidade pode, de forma mais contundente, implicar em interferência do Poder Judiciário no campo de atuação do Poder Legislativo, uma vez que, aquele, em detrimento deste, pode atuar como legislador positivo, o que não corresponde à sua função típica.

Inicialmente, é importante salientar que não se afigura tarefa simples a definição dos limites e possibilidades da prática do ativismo, pelo que não se pretende aqui o esgotamento do assunto.

A respeito dessa dificuldade, discorre Ramos (2010, p. 313), afirmando a existência de uma linha tênue “entre a ousadia e criatividade no exercício da jurisdição constitucional, indispensáveis à rápida adaptação do sistema jurídico, diante de novas necessidades sociais, e o insidioso descaminho do ativismo judicial”.

Da análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é forçoso concluir que o ativismo judicial nem sempre tem caráter negativo. A adoção da postura ativista pelo Poder Judiciário pode ser benéfica em algumas situações e prejudicial em outras.

Daquilo que se estudou até aqui, é possível extrair que o ativismo pode ser justificado especialmente nos casos em que uma desarrazoada omissão legislativa impeça a efetividade dos direitos fundamentais previstos no texto constitucional.

Nesse sentido é o entendimento de Moro (2004, p. 257), que defende uma atuação

mais afirmativa do Poder Judiciário quando se tratar da concretização de direitos fundamentais, citando como exemplo a postura ativista adotada pelo Supremo Tribunal Federal na questão relativa ao direito de greve dos servidores públicos, já estudada em tópico anterior.

Na mesma linha é o entendimento de Barroso (2009b, p. 15):

A conservação e a promoção dos direitos fundamentais, mesmo contra a vontade das maiorias políticas, é uma condição de funcionamento do constitucionalismo democrático. Logo, a intervenção do Judiciário, nesses casos, sanando uma omissão legislativa ou invalidando uma lei inconstitucional, dá-se a favor e não contra a democracia.

Segundo Valle (2009, p. 131), o ativismo, nos casos desarrazoados de omissão legislativa, justifica-se em virtude da tese da força normativa da Constituição, segundo a qual o texto constitucional é um documento jurídico imperativo, dotado de eficácia jurídica. Em razão dessa força normativa, a concretização da Constituição não pode ficar reservada exclusivamente à discricionariedade do legislador ordinário.

Entretanto, é necessário admitir que, em algumas situações, uma postura mais incisiva do Poder Judiciário pode significar indevida interferência no campo de atuação do Poder Legislativo. Um exemplo de postura ativista injustificada do Supremo é a edição da Súmula Vinculante nº 13, que impôs restrições ao nepotismo e foi objeto de estudo em tópico anterior.

Nesse passo, a atuação do Supremo Tribunal Federal, enquanto corte constitucional, deve respeitar limites, uma vez que o ativismo judicial desprovido de critérios pode implicar em desrespeito ao princípio da separação dos poderes, essencial à democracia.

Por essa razão, segundo Tavares (1998, p. 114), as escolhas políticas feitas pelo legislador, no uso de sua discricionariedade legislativa, desde que mantenham coerência com o restante do sistema constitucional, não podem ser objeto de invalidação pelo Poder Judiciário. Nesses casos, deve prevalecer o poder da maioria democraticamente eleita.

Segue a mesma linha o entendimento de Barroso (2009b, p. 12):

Observados os valores e fins constitucionais, cabe à lei, votada pelo parlamento e sancionada pelo Presidente, fazer as escolhas entre as diferentes visões alternativas que caracterizam as sociedades pluralistas. Por essa razão, o STF deve ser deferente para com as deliberações do Congresso. Com exceção do que seja essencial para preservar a democracia e os direitos fundamentais, em relação a tudo mais os protagonistas da vida política devem ser os que têm votos. Juízes e tribunais não podem presumir demais de si próprios – como ninguém deve, aliás, nessa vida – impondo suas escolhas, suas preferências, sua vontade. Só atuam, legitimamente, quando sejam capazes de fundamentar racionalmente suas decisões, com base na Constituição.

A partir desses entendimentos, tem-se que nos casos em que a regulação de determinada matéria dependa de intervenção legislativa, mas que a omissão não caracterize ofensa aos direitos fundamentais, o Supremo deve abster-se de realizar construções normativas. Deve, ao contrário, agir com deferência em relação ao Poder Legislativo, de forma a manter a harmonia entre os Poderes do Estado e a permitir o necessário debate pluralista, fundamental em um regime democrático.

Ademais, ao interpretar a Constituição, a Suprema Corte deve ater-se aos limites impostos pelo próprio texto constitucional, de forma a não proceder a desdobramentos não autorizados pelo constituinte originário, como ocorreu, segundo Ramos (2010, p. 251), na decisão em que se estabeleceu a perda do mandato eletivo em caso de desfiliação partidária.

Além disso, segundo Tavares (1998, p. 115), no contexto da definição dos limites do Tribunal Constitucional, especial atenção deve ser dada ao princípio da aplicação da interpretação conforme a Constituição. Segundo o autor, a Corte não pode fazer interpretações que não estejam compreendidas no próprio objeto interpretado, uma vez que a letra da lei é o limite da interpretação constitucional. Ultrapassando tal limite, o Tribunal estaria substituindo-se ao legislador.

É de se concluir que o ativismo judicial pode trazer benefícios para a efetividade dos direitos fundamentais, mas deve ser exercido de forma moderada.

Para tanto, Barroso (2009b, p. 14-15) propõe ao juiz a observância dos seguintes critérios:

(I) só deve agir em nome da Constituição e das leis, e não por vontade política própria; (II) deve ser deferente para com as decisões razoáveis tomadas pelo legislador, respeitando a presunção de validade das leis; (III) não deve perder de vista que, embora não eleito, o poder que exerce é representativo (i.e, emana do povo e em seu nome deve ser exercido), razão pela qual sua atuação deve estar em sintonia com o sentimento social, na medida do possível.

Conforme bem pontua Leal (2010, p. 195), caso o Tribunal adote a postura de autocontenção pode omitir-se diante de questões relevantes. Por outro lado, adotando a postura ativista, “corre o risco de avançar rumo à construção de um Governo de Juízes”, o que não é desejável.

Dessa forma, cabe ao Supremo Tribunal Federal encontrar um ponto de equilíbrio que lhe possibilite atuar de forma a garantir a concretização dos direitos fundamentais e, ao mesmo tempo, velar pela observância dos princípios da separação dos poderes e da soberania popular, essenciais para a sobrevivência do regime democrático.

## CONCLUSÃO

Conforme apresentado na introdução, este trabalho de pesquisa teve por objetivo principal a análise do ativismo judicial no âmbito do Supremo Tribunal Federal, com o intuito de verificar quais as possibilidades e os limites de sua prática.

Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, sendo o controle de constitucionalidade um dos principais meios pelos quais a Corte realiza essa importante tarefa.

Por essa razão, dedicou-se especial atenção ao estudo do controle de constitucionalidade dos atos normativos. Nessa abordagem, sem descuidar do controle prévio, de natureza política, deu-se ênfase à análise do controle judicial, uma vez que é nesse tipo de fiscalização de constitucionalidade que, por vezes, manifesta-se o fenômeno do ativismo judicial.

Analisadas as origens do controle judicial e as características dos principais modelos existentes (difuso e concentrado), ficou demonstrado que a fiscalização de constitucionalidade por parte do Poder Judiciário encontra justificativa no princípio da supremacia constitucional, segundo o qual a Constituição é a lei suprema do Estado.

A Constituição pode sofrer violação por ação ou por omissão dos Poderes Públicos, razão pela qual a própria Carta Magna cria os mecanismos pelos quais o Poder Judiciário atuará em defesa dos preceitos nela estabelecidos.

Entretanto, após analisar os instrumentos processuais de controle existentes, foi possível observar que surgem dificuldades no exercício do controle judicial de constitucionalidade, principalmente nos casos de omissões legislativas inconstitucionais, uma vez que, ao supri-las, o Poder Judiciário pode agir como legislador positivo, o que implica em violação ao princípio da separação dos poderes. Por outro lado, não sendo supridas as omissões, os remédios constitucionais perdem a utilidade desejada pela Constituição.

Constatada essa dificuldade, analisou-se a jurisdição constitucional, com ênfase na Corte Constitucional, buscando verificar a sua legitimidade para o exercício do controle de constitucionalidade.

Ficou demonstrado que apesar de o Tribunal Constitucional apresentar diversos aspectos políticos, tais como a forma de designação de seus membros ou os efeitos de suas decisões, ele não perde a natureza jurisdicional, o que o torna apto a interpretar e aplicar a Constituição.

A legitimidade democrática do Tribunal Constitucional restou confirmada, primeiro

porque ele é instituído pela própria Constituição Federal, que é obra do poder constituinte, representante máximo da vontade popular. Além disso, não obstante os membros da Corte Constitucional não sejam eleitos pelo povo, sua designação é feita por pessoas que foram legitimadas democraticamente pelo voto popular. Assentou-se também que a democracia não se resume ao princípio majoritário, mas implica também na submissão da vontade da maioria às normas constitucionais e ao respeito aos direitos fundamentais das minorias.

Constatou-se que, no Brasil, tem havido a adoção de medidas que contribuem para maior democratização do Supremo Tribunal Federal, tais como a ampliação do rol de legitimados a provocar o controle concentrado de constitucionalidade e a introdução da figura do *amicus curiae* e das audiências públicas no sistema constitucional.

Não obstante o Supremo Tribunal Federal esteja legitimado democraticamente a exercer o controle de constitucionalidade dos atos dos demais Poderes, isso não o autoriza a realizar tal atividade sem observar limites impostos pela própria Constituição, interferindo indevidamente no campo de atuação de outros órgãos.

Conforme observado no decorrer deste trabalho, a observância do princípio da separação dos poderes é essencial para a preservação da democracia, uma vez que permite o uso racional do poder e a liberdade dos indivíduos.

A atividade jurisdicional exercida de forma atípica, extrapolando os limites da aplicação do direito e adentrando ao campo da atividade legislativa, caracteriza o ativismo judicial, sendo que essa prática, desprovida de critérios, oferece riscos ao Estado Democrático de Direito, já que fere um de seus principais fundamentos, o princípio da separação dos poderes.

Dentre os diversos fatores identificados como impulsionadores do ativismo judicial no Brasil, concluiu-se que o principal deles é a ineficiência do Poder Legislativo, que nem sempre cumpre o seu papel de legislador, deixando de corresponder aos anseios da coletividade. A omissão legislativa faz com que questões importantes, que não poderiam prescindir do debate político, sejam transferidas para o âmbito judicial.

Por meio da análise da jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal, foi possível constatar a ocorrência do ativismo judicial em algumas decisões daquela Corte, concluindo-se, porém, que a postura ativista do Tribunal nem sempre tem caráter negativo, podendo ser necessária e benéfica em algumas situações.

Em casos de desarrazoadas omissões legislativas que impeçam a concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição, é admissível que a Corte Constitucional, em suas decisões, assumam uma postura mais afirmativa, para assegurar a efetividade desses

direitos. Assim agiu a Corte com relação à regulamentação do direito de greve dos servidores públicos.

Verificou-se, porém, que em algumas decisões, o Supremo Tribunal Federal praticou o ativismo injustificadamente, fazendo construções normativas não autorizadas pela Constituição, como no caso da edição da Súmula Vinculante nº 13, que veda o nepotismo no serviço público. A imposição de restrições ao nepotismo era necessária, mas carecia de norma regulamentadora, que deveria ser editada pelo Poder Legislativo.

Assim, é possível concluir que o ativismo judicial pode ser admitido, porém, em caráter excepcional, para garantia da efetividade dos direitos fundamentais, e não como regra a ser seguida indiscriminadamente diante de qualquer omissão legislativa.

Se a omissão do legislador não implicar em óbice ao exercício de direitos fundamentais, o Supremo Tribunal Federal deve agir com deferência em relação ao Poder Legislativo, deixando a cargo deste as escolhas políticas que se fizerem necessárias, favorecendo, dessa forma, o debate pluralista, essencial em uma democracia.

Não se pretendeu com esta pesquisa o esgotamento do assunto abordado. A presença do ativismo judicial no nosso sistema constitucional é um fenômeno que tem sido verificado na jurisprudência mais recente do Supremo Tribunal Federal e vem se intensificando. Por essa razão, o tema certamente demandará novas reflexões, sobretudo no que se refere às possíveis consequências que advirão dessa postura ativista para o Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

APPIO, Eduardo. **Direito das minorias**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008a.

\_\_\_\_\_. Nepotismo: em uma democracia os fins nunca justificam meios. **Revista Consultor Jurídico**. [S.l.: S.n.], 24 ago. 2008b. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008-ago-24/democracia\\_fins\\_nunca\\_justificam\\_meios](http://www.conjur.com.br/2008-ago-24/democracia_fins_nunca_justificam_meios)>. Acesso em: 28 set. 2012.

BARCHET, G.; MOTTA, S. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

BARROSO. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009a.

\_\_\_\_\_. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista Atualidades Jurídicas**. [S.l.: S.n.], n. 4, jan.-fev. 2009b. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2012.

\_\_\_\_\_. **Constituição, democracia e supremacia judicial**: direito e política no Brasil contemporâneo. [S.l.: S.n.], 11 mar. 2010. Disponível em: <[http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao\\_democracia\\_e\\_supremacia\\_judicial\\_11032010.pdf](http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf)>. Acesso: em 10 jun. 2011.

\_\_\_\_\_. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso: em 04 set. 2012.

\_\_\_\_\_. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 04 set. 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n. 26602-3/DF**. Impetrante:

Partido Popular Socialista. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 4 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=555539>>. Acesso em: 15 set. 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n. 26603-1/DF**. Impetrante: Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 4 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570121>>. Acesso em: 15 set. 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n. 26604-0/DF**. Impetrante: Democratas. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Ministra Carmen Lúcia Celso de Mello. Brasília, 4 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=552057>>. Acesso em: 15 set. 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção n. 670-9-ES**. Impetrante: Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis do Estado do Espírito Santo. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 25 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549>>. Acesso em: 20 set. 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção n. 708-0/DF**. Impetrante: Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 25 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558551>>. Acesso em: 20 set. 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção n. 712-8/PA**. Impetrante: Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 25 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558553>>. Acesso em: 20 set. 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante n. 13**. Brasília, 7 de novembro de 2008. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/DJE\\_11.11.2008.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/DJE_11.11.2008.pdf)>. Acesso em: 27 set. 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277/DF**. Requerente: Procurador-Geral da República. Relator: Ministro Ayres Brito. Brasília, 5 de maio de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 20 set. 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132/RJ**. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Ayres Brito. Brasília, 5 de maio de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 20 set. 2012.

CLÈVE, Clemerson Merlin. **Fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERRAZ, A. C. C.; ALMEIDA, F. D. M. O constitucionalismo contemporâneo na recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, ano 18, v. 71, p. 7-33, abr.-jun. 2010.

GOMES, Rodrigo Carneiro. O Tribunal Constitucional e seus elementos, diante da separação dos poderes. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, ano 18, v. 71, p. 261-292, abr.-jun. 2010.

LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou Altivez?: O outro lado do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. 25. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999

MELLO, José Luiz de Anhaia. **Da separação de poderes à guarda da constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968.

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos**. São Paulo: Saraiva, 1990.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

\_\_\_\_\_. Controle de constitucionalidade. **Caderno de Direito Constitucional: módulo V**.

Porto Alegre: Escola da Magistratura Federal do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 2006. Disponível em: <[http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis\\_prog\\_cursos/ccp5\\_gilmar\\_ferreira\\_mendes.pdf](http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis_prog_cursos/ccp5_gilmar_ferreira_mendes.pdf)>. Acesso em: 17 ago. 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORO, Sergio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

PEREZ, Carlos Alberto Navarro. Relação entre o ativismo judicial e a atuação deficiente do Poder Legislativo: altruísmo a desserviço da democracia. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, ano 20, v. 78, p. 115-149, jan.-mar. 2012.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002.

TAVARES, André Ramos. **Tribunal e jurisdição constitucional**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

VALLE, Vanice Regina Lirio do (org.) **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF**. Curitiba: Juruá, 2009.

VIEIRA, Andréa Maria dos Santos Santana. Reconhecimento da união estável homoafetiva

como entidade familiar pelo STF: decisão acertada ou atentado à democracia deliberativa? **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, ano 20, v. 78, p. 68-82, jan.-mar. 2012.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal**: jurisprudência política. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.