



Os princípios do eventual ativismo no Supremo Tribunal Federal

No contexto do século XXI, o Brasil passa por um momento da história em que as relações sociais são dinâmicas, marcadas pelos fatores da globalização. Quando os Poderes Públicos — Legislativo e Executivo — não efetivam seu exercício constitucional de Poder outorgado pelo povo, a morosidade da Justiça implica um estado hobbesiano: a nação clama por justiça e os direitos constitucionais e as políticas públicas não se tornam efetivos, devido a normas de eficácia limitada não regulamentadas.

Nesse diapasão, a sociedade sonha^[1] com a efetividade dos direitos constituídos na Carta cidadã, porém, uma pergunta persiste: sendo a representatividade política legítima e expressa^[2], poderá ser efetivado o ativismo judicial? Em que momento da interpretação constitucional, os senhores ministros ultrapassam seus poderes, na forma da manifestação expressa na Ação Declaratória de Constitucionalidade 12, no voto do relator, ministro Carlos Britto^[3]: “*De saída, não posso deixar de remarcar o entendimento pessoal que venho externando*” e adotam seus pontos de vistas pessoais? Quais os limites da interpretação constitucional? Será que a interpretação da norma pelo Supremo Tribunal Federal caracteriza uma forma de ativismo? Como 11 ministros podem, supostamente constituídos do Poder do Estado^[4], praticar o ativismo em uma sociedade composta de, aproximadamente, 170 milhões de habitantes, sem participar do processo legislativo?

A pragmática do ativismo, que é germe do protagonismo social exercido pelo Supremo Tribunal Federal, é marcada pela expansão da interpretação conforme a Constituição, ao incorporar princípios, solidificando uma atividade substancialista a situações que não foram expressamente disciplinadas, dilatando seu sentido e alcance.

O pró-ativismo judiciário manifesta-se à mercê da inação do Poder Público, especialmente na efetivação dos direitos constitucionais de segunda geração — MI 712 —, e na colmatação das lacunas legislativas. Sua efetivação decorre da crescente interação dos ministros com a população, via de comunicação, porque quanto mais próximo do povo o poder, mais este se legitima.

O ativismo judicial transparece pela influência de uma sociedade formada de grupos diversos que interpretam os fatos de formas diversas, racionalmente ou não, em face de inúmeras aspirações sociais.

A partir da Constituição de 1988, a sociedade se tornou mais democrática. Formalmente essa práxis de democracia torna-se evidente no rol de legitimados para propor e sanar as inconstitucionalidades, inclusive das omissões, por meio da ADI genérica e da ADI por omissão. Em seguida, a Emenda Constitucional 454 consagrou, ampliando-o, o mesmo rol para a proposição da ADC.

Isso possibilitou o começo de uma nova era. O Supremo passou a suprir demandas sociais mediante atividade jurisdicional, que se tornou concentrada e articulada de maneira ativista na concretização de valores sociais. Nas decisões proferidas em ADC 12 — de relatoria do ministro Carlos Britto — e no Recurso Extraordinário 579.951/RN — de relatoria do ministro Ricardo Lewandowski —, declarou-se a constitucionalidade da Resolução 7, de 2005, do Conselho Nacional de Justiça, que proibia a nomeação de parentes de membros do Poder Judiciário. Toda a argumentação parte de premissas constitucionais principiológicas da moralidade e da impessoalidade para fundamentação jurídica da decisão, isso porque



não há regulamentação expressa no bojo da lei. No encadeamento dos fatos, surge o REx. 579.951, no qual se discutia a validade da nomeação de parentes de vereador e de vice-prefeito para cargos públicos municipais.

Os senhores ministros, então, estenderem a vedação do nepotismo ao Poder Executivo e Legislativo, aprovando a Súmula Vinculante 13.

Essa vedação que não estava explicitada em regra constitucional ou infraconstitucional expressa, nas palavras do senhor ministro Menezes Direito na ADC 12: “*Não é necessária lei formal para aplicação do princípio da moralidade*”. Todavia, pergunta-se, uma vez que a extensão da vedação do nepotismo ao poderes públicos partiu de um único julgado, não seria inconstitucional, nos termos do artigo 103 da CF.

O STF pensa sozinho em nome do “bem comum”. O Poder Judiciário é órgão singular da soberania estatal, mas não está sozinho na tarefa de realizar os valores da democracia. Neste sentido, toda norma deve ser emanada do Poder Legiferante, ficando clara a posição de legitimidade duvidosa nas decisões expostas acima.

As mudanças do mundo contemporâneo não podem ser determinadas por valores de poucos. Todavia, no MI 712, o ministro relator Eros Grau argumenta: “*Isso me leva a alterar a posição que anteriormente assumi ao afirmar que a norma veiculada pelo art. 37, VII é de eficácia contida*”. Embora o Supremo seja o guardião da Constituição Brasileira, a quem foi atribuído o poder/dever da segurança jurídica, as interpretações não podem ferir a jurisprudência concretizada por anos de julgamento.

A necessidade de justiça não pode ter como fundamento uma atuação e uma postura ativista do Poder Judiciário. Enquanto este estiver obrigado a cumprir sua função jurisdicional, deve ser orientado pela separação dos poderes e sua atuação só será eficaz se houver harmonia entre os órgãos soberanos dos poderes do Estado, pois cada um deles tem a sua independência, não exercendo domínio sobre outro. A Constituição não deixa expresso que o Supremo poderá fixar datas para o Poder Legislativo.

Veja-se na ADI 3.682 o voto do ministro Gilmar Mendes, relator do processo:

“*Assim sendo, voto no sentido de declarar o estado de mora do Congresso Nacional, a fim de que, em prazo razoável de 18 meses, adote ele todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. 18, §4, da Constituição, devendo ser contempladas as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerada pela omissão*”. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 3.382, Relator: Min., 2009)

O ativismo judicial se expressa em argumentos opostos no Tribunal:



Voto do ministro Marco Aurélio na ADI em comentário: *“penso que a constituição contempla dualidade. Em se tratando de omissão de autoridade administrativa, é possível fixar-se o prazo de 30 dias para a prática do ato, não ocorrendo o mesmo em relação ao Poder Legislativo”*.

Será que o Supremo Tribunal Federal pode viabilizar todos os direitos constitucionais de eficácia limitada, impondo ordem judicial para os Poderes legislativos de características atípicas mandamentais?

Não pode haver essa usurpação entre entes da República, mas tão-somente cooperação, no propósito de dar efetividade ao Estado democrático de Direito que resguarda o contraditório visando o bem comum de todos. Não pode o Supremo ser superior à Carta Política, porque sua competência é limitada — conforme Mandado de Injunção 712.

A nova fase ou revolução silenciosa começa. Segundo se verifica no Informativo 485: *“a Corte (no julgamento de outubro de 2007), afastando-se da orientação inicialmente perfilhada no sentido de estar limitada à declaração da existência da mora legislativa (...) passou (...) a aceitar a possibilidade de uma regulamentação provisória pelo próprio judiciário”* (STF, Informativo 485, 2007).

Logo, o Supremo adotou uma nova postura nas decisões de caráter mandamental, nos moldes do direito comparado italiano de sentença aditiva:

Esta nova e visível percepção ativista da Corte brasileira, com decisões políticas para suprir a mora do legislativo, orientada para uma visão progressista dos intérpretes da Carta Maior, está sendo utilizada no Mandato de Injunção, visando suprir a falta de norma regulamentadora. Nesse sentido, o fundamento do voto^[5] do ministro Gilmar Mendes, no citado writ: *“... ênfase tão-somente que, tendo em vista as imperiosas balizas constitucionais que demandam a concretização do direito de greve a todos os trabalhadores, este Tribunal não pode se abster de reconhecer que, assim como se estabelece o controle judicial sobre a atividade do legislador, é possível atuar também nos casos de inatividade ou omissão do legislativo”*.

No mesmo sentido, o voto do ministro Gilmar Mendes no MI 670:

“O Judiciário, embora sem pretender qualquer ‘protagonismo legislativo’, não pode permanecer em situação que caracteriza uma verdadeira ‘omissão judicial’; b) as características dos direitos sociais, conferidos no novo Estado Social, à diferença do antigo Estado Liberal, não se satisfazem com a postura de mero ‘legislador negativo’ das Cortes; c) há, porém, que observar critérios, como sejam os da vontade hipotética do legislador e o da solução constitucionalmente obrigatória; d) a partir dos conceitos de ‘omissão legislativa parcial’ e de ‘sentenças aditivas’ do Direito italiano, deve o Supremo adotar, provisoriamente, para as greves no serviço público, as regras aplicáveis no setor privado”.

Esse foi o entendimento proferido na decisão do MI 712-8, de relatoria do ministro Eros Grau, impetrado para viabilizar o exercício de greve dos funcionários públicos, conforme artigo 37, inciso VII, da CF. Adotando-se a teoria concretista geral para sanar a inação do Poder Legislativo, com efeitos *erga omnes*



, segundo o ministro Eros Grau que, ao decidir o MI, formularia tanto a norma do caso concreto como também a norma geral.

A decisão não foi unânime pela divergência dos ministros Joaquim Barbosa, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowsky, que mantiveram os efeitos da decisão às partes do processo.

Entretanto, pelo princípio da separação dos poderes, o Poder Judiciário é absoluto na sua função da prestação Jurisdicional, não podendo legislar, deferindo um efeito vinculante a todos. Isso não tem cabimento, se apenas uma determinada categoria se viu violada pela inércia legislativa. Neste caso concreto, o Supremo Tribunal diretamente está ferindo uma cláusula pétrea^[6], porque compete ao Legislativo legislar e regulamentar. Esta a função típica do Poder Legiferante.

Logo, a retração do Poder legislativo não pode ser argumento para extrair o máximo das pontecialidades da Carta Republicana, criando o ativismo judicial.

O ativismo criado pelos eminentes ministros do Supremo Tribunal Federal parte da premissa de um novo comportamento institucional para assegurar os direitos constitucionais.

No AI 677.274-8/SP, de relatoria do ministro Celso de Mello, lê-se:

“Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativos e Executivos, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatários, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais empregados na estrutura constitucional”.

Nesse contexto surge um novo papel dos ministros, exercendo uma maior deliberação e atuação política. Esse fenômeno, que é judicialização das políticas públicas que começou atualmente a ganhar relevância no Supremo, é marcado pelo princípio que designa uma atuação positiva do Estado de ações governamentais pela implementação dos direitos fundamentais, por um progresso jurisprudencial e ativista.

No ADPF 45/DF, de relatoria do ministro Celso de Mello, relata-se que o Supremo, devido à dimensão política outorgada àquela essa Corte:

“... não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais — que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (...) —, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da constituição, comprometer de modo inaceitável a integridade da própria ordem constitucional”.



De fato, o mesmo entendimento progressista foi proferido no AI 677.274-8/SP, de relatoria do ministro Celso de Mello. Por não aceitar mais a ideia de poder absoluto do poder público na formação das políticas públicas.

Tal postura procura a extração de máxima efetividade da Carta Política pela interpretação constitucional, porque a crise da governabilidade dispersa o poder político, gerando tensão social.

Os remédios constitucionais são os meios aptos para exigir uma prestação positiva da Jurisdição Constitucional, ou seja, as ações coletivas e o Mandado de Injunção.

Toda inércia inconstitucional dever ser suprida respeitando-se a separação dos poderes, porque a própria Constituição determina os meios processuais, não cabendo ao Poder Judiciário formular políticas públicas que constituem encargos jurídicos dos poderes públicos.

A intervenção para satisfação dos direitos constitucionais não pode partir de uma ofensa à harmonia entre os poderes, pois as formas de utilização da hermenêutica constitucional devem estar dentro dos limites constitucionais.

Por fim, destaca-se a ADPF 45 MC/D, de relatoria do ministro Celso de Mello:

Ementa: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da "reserva do possível". Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do "mínimo existencial". Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração).

Por oportuno, resta uma reflexão que merece respaldo:

"(...) o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje não é tanto justificá-los, mas protegê-los" (BOBBIO, 1992).

Pretendia o presente ensaio a análise da atual manifestação do Supremo Tribunal Federal, presenciando uma atividade substancialista e ativista, como se demonstrou.

O ativismo é fato da nova ordem econômica, social e jurídica, não se podendo negar que as democracias atuais necessitam de uma interpretação construtiva das normas e dos princípios que são vértice do sistema normativo constitucional.

Mas as potencialidades da interpretação constitucional não podem ficar à mercê de atos que afrontam a



separação dos poderes. Toda a interpretação deve ser respaldada na hermenêutica constitucional que visa à com um todo, sendo que Supremo Tribunal Federal é a última instância institucional do Poder Judiciário e suas decisões vinculam todos a ordem jurídica. Seu papel fundamental é proteger a Constituição, conduzindo da melhor maneira os litígios sociais, visando a segurança jurídica. No entanto, os valores pessoais não devem interferir nas decisões, e muito menos criar direitos que não estão expressos, por valores morais e necessidades sociais.

A sociedade não precisa de deuses ou de justiceiros. Portanto, não se deve :

(...) autorizar os tribunais, especialmente, as cortes supremas, a atuar como profetas ou deuses do direito, consolidando aquilo que já é designado de 'teologia constitucional' e imunizando a atividade jurisprudencial perante a crítica, à qual originariamente deverá estar sujeita (...), pois quando a Justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social...(Cittadino, Gisele, 2004).

A sociedade coloca o Supremo Tribunal Federal como guardião da Carta Política. Logo ele tem o papel de interpretar conforme a Constituição, porém não é articulado pelos vernáculos expressos que podem representar o povo.

Este foi o anseio do Poder Constituinte Originário, fixado na folha de papel. O problema não é criar direitos, interpretar valores e princípios, e sim a falta de legitimação popular. A sociedade é pluralista^[7], aberta a transformações e ao novo, mas ainda vive-se uma democracia que considera o conflito legítimo, na qual o poder emana de todo o povo que será representado pelos partidos políticos, pelo processo eleitoral, com liberdade de pensamento e expressão e com a divisão republicana dos três Poderes.

Portanto o ativismo é algo real e dinâmico no Poder Judiciário brasileiro. No entanto, a força normativa da Constituição não pode ser utilizada como forma de interpretação ilimitada.

Referências Bibliográficas

Brasil. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BOBBIO, Norberto (1992), **A Era dos Direitos**, Tradução de Carlos Nelson Coutinho, Editora Campus, Rio de Janeiro, 1992.

CLEVE, Clemerson Merlin. **O direito e os direitos: elementos para uma crítica do direito contemporâneo**. 2ª Ed. São Paulo, SP: Max Limonad, 2001. HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional, a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição**, Porto Alegre: Fabris, 1997.

HANS, Kelsen, **Jurisdição Constitucional**. São Paulo, Martins Fontes, 2003.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.



MENDES, Gilmar Ferreira, **Jurisdição Constitucional**, Saraiva, 2005.

_____ **Controle de Constitucionalidade, Aspectos jurídicos e políticos**. São Paulo: Saraiva, 1990.

PEDRO, Lenza, **Direito Constitucional Esquematizado**, 12 ed. Saraiva.

PETRI, Maria José Constantino. **Argumentação lingüística e discurso jurídico**. São Paulo, SP: Pleiade, 2000.

SERGIO, Fernando Moro, **Jurisdição Constitucional como Democracia**, 2004, Revista dos Tribunais.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política**. São Paulo: 1994. Revista dos Tribunais.

WEFFORT, Francisco C. **Os clássicos da política, 1: Maquiavel, Hobbes Locke, Montesquieu, Rousseau, "o federalista"**. 14. ed. São Paulo, SP: Atica, 2006.

Listas dos acórdãos analisados no trabalho

ADC 12 (Min. Carlos Britto) MI 562 (Min. Calos Velloso)

ADI 2240 (Min. Eros Grau) MI 585 (Min. Ilmar Galvão)

ADI 2702 (Min. Mauricio Correa) MI 679 (Min. Celso Mello)

ADI 2967 (Min. *Sepúlveda* Pertence) MI-AgR_342 (Min. Moreira Alves)

ADI 3149 (Min. Joaquim Barbosa) MI 485 (Min. Mauricio Corrêa)

ADI 3316 (Min. Eros Grau) MI 721 (Min. Marco Aurélio)

ADI 3489 (Min. Eros Grau) MI 670 (Min. Gilmar Mendes)

ADI 3682 (Min. Gilmar Mendes) MI 708 (Min. Gilmar Mendes)

ADI 3689 (Min. Eros Grau) MI 712 (Min. Eros Grau)

ADPF 45 (Min. Celso de Mello) MI 438 (Min. Neri da Silveira)

MI 670 (Min. Gilmar Mendes) MI 235 (Min. Moreira Alves)

MI 20 (Min. Celso de Mello) MI 284 (Min. Marco Aurélio)

MI 107 (Min. Moreira Alves) MI 362 (Min. Neri da Silveira)



MI 168 (Min. *Sepúlveda Pertence*) MI 384 (Min. Carlos Velloso)

RE 579951(Min. Ricardo Lewandowski) AI 677274(Min.Celso de Mello)

[1] I Have a Dream – Martin Luther King JR.Disponível em:
http://pt.wikiquote.org/wiki/Martin_Luther_King. Acesso em 10/01/2009. Todas as formas são possíveis de sonhos, mas será que temos sonhos iguais e formais, porque nossa igualdade é formal na forma do Direito Positivado, mas o que seria igualdade concreta na nova ordem da globalização?

[2] CF.ART 2º

[3] ADC-MC 12 – Ministro Relator Carlos Ayres Britto.

[4] CF.ART 103

[5] MI 712 (Min. Eros Grau)

[6] CF.Art. 60 – Parágrafo quarto –inciso III.

[7] HABERLE, Peter, *Hermenêutica Constitucional*, a sociedade aberta dos interpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição, 1997, pag. 42.

Date Created

18/04/2009