



**ANDRÉA MARIA PINHATE**

**ATIVISMO JUDICIAL E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA**

**BRASÍLIA,  
FEVEREIRO 2015**

**ANDRÉA MARIA PINHATE**

**ATIVISMO JUDICIAL E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA**

Trabalho monográfico apresentado ao Curso de Pós Graduação em Direito Constitucional como requisito parcial para obtenção de título de Especialista em Direito Constitucional.

Orientador: Paulo Gustavo Gonet Branco

**BRASÍLIA,  
FEVEREIRO 2015**

**ANDRÉA MARIA PINHATE**

**ATIVISMO JUDICIAL E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA**

Trabalho monográfico apresentado ao Curso de Pós Graduação em Direito Constitucional como requisito parcial para obtenção de título de Especialista em Direito Constitucional.

Brasília – DF, 27 de fevereiro de 2015.

---

Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco

Professor Orientador

---

Avaliador

---

Avaliador

## RESUMO

A constituição brasileira de 1988 traz uma infinidade de direitos e garantias individuais. Desconfiado do legislador, o constituinte originário optou em constitucionalizar os mais variados temas. Atribuiu ao Supremo Tribunal Federal como guardião máximo das normas constitucionais; adotou o controle misto de constitucionalidade, incorporando ao modelo difuso também o concentrado; legitimou o cidadão com mecanismos de defesa dos seus direitos, entre eles o mandado de injunção; criou a ADPF, ação exclusiva do ordenamento brasileiro. Aumentou consideravelmente o rol de legitimados para propor as ações do controle concentrado. Com a emenda constitucional 45 instituiu as súmulas vinculantes, verdadeiro poder normativo ao Supremo. Paralelamente, o legislativo vive uma crise institucional, sem força política, incapaz de dar resposta a sociedade e efetivar as normas constitucionais. Surge a cidadania clientelista. O supremo deixa de lado uma postura conservadora e passa a editar sentenças aditivas, inovando positivamente o ordenamento jurídico. Essa postura Ativista recebe críticas. A partir de casos concretos analisa-se o Ativismo Judicial separando-o da Judicialização da Política.

**Palavras-chave:** Constitucionalismo. Ativismo Judicial. Judicialização da Política. Jurisdição constitucional. Cidadania.

## ABSTRACT

The Brazilian Constitution of 1988 brings an infinite number of individual rights and guarantees. Suspicious from the legislator, the original member chose to constitutionalize the most different themes. Attributed the Supreme Court as the maximum guardian of the constitutional norms; adopted the mixed control of constitutionality, incorporating to the diffuse model the concentrated as well; legitimated the citizen with rights defense mechanism, among them the writ of injunction; created ADPF, exclusive act from the Brazilian ordering. Raised considerably the legitimate roster to propose exclusive acts of the concentrated control. With the Constitutional Amendment 45 instituted the binding abridgement, the truly normative power to the Supreme Court. At the same time, the legislative lives an institutional crisis, without political power, incapable to answer society and to turn effective constitutional norms. Arouses the clientistic citizenship. The Supreme Court puts aside a conservative posture and starts to publish additive sentences, innovating positively the juridical ordering. This Activist posture receives critics. From concrete cases it is analyzed the Judicial Activism, separating it from the Political Judicialization.

**Keywords:** Constitutionalism. Judicial Activism. Political Judicialization. Constitutional Jurisdiction. Citizenship.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>6</b>
<b>1. CONSTITUCIONALISMO.....</b>	<b>8</b>
<b>1.1. BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA.....</b>	<b>9</b>
<b>1.1.1. Na Europa.....</b>	<b>10</b>
<b>1.1.2. Nos EUA.....</b>	<b>12</b>
<b>2. TEORIAS CONSTITUCIONAIS.....</b>	<b>14</b>
<b>2.1. A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO .....</b>	<b>16</b>
<b>2.2. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL .....</b>	<b>18</b>
<b>3. ATIVISMO JUDICIAL .....</b>	<b>25</b>
<b>3.1. EM BUSCA DE UM CONCEITO .....</b>	<b>25</b>
<b>3.2. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA .....</b>	<b>29</b>
<b>4. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O FENOMENO DO ATIVISMO JUDICIAL .....</b>	<b>32</b>
<b>4.1. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL .....</b>	<b>33</b>
<b>4.1.1. Modelo Difuso .....</b>	<b>34</b>
<b>4.1.1.1 Expansão dos efeitos da decisão em Controle Difuso .....</b>	<b>35</b>
<b>4.1.2. Modelo Concentrado .....</b>	<b>37</b>
<b>4.2. EMENDA CONSTITUCIONAL 45 E AS SÚMULAS VINCULANTES.....</b>	<b>39</b>
<b>5. ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS .....</b>	<b>43</b>
<b>5.1. SÚMULA DAS ALGEMAS .....</b>	<b>43</b>
<b>5.2. SÚMULA DO NEPOTISMO .....</b>	<b>46</b>
<b>5.3. ADI HOMOAFETIVA .....</b>	<b>47</b>
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>53</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>55</b>

## INTRODUÇÃO

Muito tem se falado sobre o protagonismo Judicial, não só no Brasil, mas mundialmente. O mundo globalizado migrou, após a segunda grande guerra, para um Estado Constitucional Democrático de Direito. A Constitucionalização do nosso Direito veio, tardiamente, com a Carta de 1988. Não se ignora aqui, as constituições pretéritas, apenas reforça-se o que já é sabido: Apenas com a Constituição de 88, instaurou-se, de forma ampla ao longo do texto, a normatização dos direitos fundamentais.

Face o caráter compromissório do texto constitucional de 88, é comum o deslocamento do polo de tensão para o Poder Judiciário, em detrimento do Executivo e Legislativo. Estando o judiciário, especialmente o Supremo Tribunal Federal, em posição de destaque, é comum o atrito entre os três poderes. Especialmente com o legislativo, vez que o constituinte instrumentalizou o STF com mecanismos para suprir a inércia legislativa, dando máxima eficácia as suas normas, por meio dos institutos do Mandado de injunção, Ação declaratória de inconstitucionalidade por Omissão e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

A Constituição Brasileira, também, imbiu o Supremo Tribunal Federal com o poder de limar do ordenamento jurídico o produto da principal atividade do legislativo, resultado da sua atividade legiferante, utilizando das outras ações do controle concentrado de constitucionalidade (ADI/ADC).

Com a emenda constitucional nº 45 de 2004, denominada Reforma do Judiciário, fora introduzido ao texto constitucional o artigo 103-A, que dispõe sobre a súmula vinculante, verdadeiro Poder Normativo dado ao STF.

Em decorrência de uma série de fatores, que serão abordados ao longo do trabalho, aliado a crise do Poder legislativo, onde a sociedade não se vê (mais) representada, surge uma nova forma de exercício da cidadania: A cidadania clientelista, que bate às portas do judiciário como única solução para as ineficiências do Estado.

Sendo assim, o tema tem grande importância para a nossa democracia. Sua relevância social é amparada pela mudança comportamental no exercício da cidadania. As consequências do enfraquecimento do Poder Legislativo podem interferir diretamente na sociedade, não tendo mais voz a maioria. A resposta dada pelo judiciário é a via dupla da cidadania clientelista. Do ponto de vista político os atritos consequentes do Estado Constitucional de Direito pode por fim ao atual modelo de Tripartição de Poderes, sem contar a (suposta) fragilização da democracia. Sob a ótica jurídica o tema é tão importante quanto às outras ordens. Analisar o Ativismo Judicial contrapondo-o com a Judicialização da política é medida imperiosa para a manutenção da Segurança Jurídica.

O que se pretende pesquisar é a caracterização do Ativismo Judicial, diferenciando-o da Judicialização da Política e chegar a conclusões sobre a sua existência ou não. Em caso de resposta positiva analisar os malefícios e benefícios do Ativismo Judicial, propondo limites para a jurisdição constitucional a fim de evitar uma Juristocracia<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Nomenclatura adotada por Ran Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Copyrighted Material. 2004.



## 1. CONSTITUCIONALISMO

A palavra constituição tem sua origem no verbo latim *constituere* (1. Formar a, parte essencial de. 2. Dar existência a), vem sendo utilizada como Lei Fundamental, traduzindo a organização jurídica do estado, delineando suas formas e limitando Poderes. No seu conceito moderno, traz em seu bojo direitos fundamentais e deveres.

O constitucionalismo moderno se materializa vinculado a uma constituição escrita e rígida. Tendo como marco as constituições dos Estados Unidos de 1787 e a da França em 1791.

Para Hans Kelsen a garantia da Constituição só pode ser resolvida por quem tenha uma noção clara do que é Constituição e define:

Constituição é um princípio em que se exprime juridicamente o equilíbrio das forças políticas no momento considerado, é a norma que rege a elaboração das leis, das normas gerais para cuja execução se exerce a atividade dos organismos estatais, dos tribunais e das autoridades administrativas. Essa regra para a criação das normas jurídicas essenciais do Estado, a determinação dos órgãos e do procedimento da legislação, forma a Constituição no sentido próprio, original e estrito da palavra... em suma, o fundamento da ordem estatal<sup>2</sup>.

Sobre constitucionalismo o professor Canotilho assim esclarece:

Em termos rigorosos, *não há um constitucionalismo*, mas *vários constitucionalismos* (o constitucionalismo inglês, o constitucionalismo americano, o constitucionalismo francês) ... **Constitucionalismo** é a teoria ou ideologia que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade.<sup>3</sup>

O ilustre professor segue afirmando que o constitucionalismo moderno, a partir do século XVIII, questiona os esquemas políticos tradicionais de domínio político, opondo-se ao constitucionalismo antigo, alicerçador dos direitos estamentais.

---

<sup>2</sup> KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Ed. Martins Fontes, São Paulo: 2003, p. 130.

<sup>3</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 Ed. 15 reimpressão. Coimbra: Almedina, p. 51.

Na mesma linha são os ensinamentos do prof. Gonet, esclarecendo que a constituição, como a vemos hoje, tem origem mais próxima nos postulados da Revolução Francesa e Americana do século XVIII, assim afirmando:

A compreensão da constituição como técnica de proteção das liberdades é atributo do constitucionalismo moderno, que importa conhecer para que se possa discernir o próprio momento atual, a que muitos denominam *neoconstitucionalismo*.<sup>4</sup>

A definição de constituição, modernamente, é assim conceituada por Peter Harbele:

Uma “Constituição” é o ordenamento básico do Estado e da sociedade; não é só restrição ao poder estatal, mas também habilitação ao poder estatal. Abarca o Estado e a sociedade. A jurisdição constitucional como força política opera a partir de um princípio além do dogma da separação Estado/sociedade<sup>5</sup>.

Passa-se, em sequência, a analisar a evolução histórica do Constitucionalismo.

## 1.1 BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA

O constitucionalismo é fruto de uma evolução histórica. A constituição nem sempre esteve no topo hierárquico do direito, analisar o movimento constitucional é fundamental para compreender o direito constitucional da atualidade.<sup>6</sup>

Utilizaremos a evolução histórica apresentada pelo professor Gonet, no seu livro *Curso de Direito Constitucional*, por se apresentar mais didática, apresentando um breve resumo.

---

<sup>4</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 8. Ed. Revista e Atualizada. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013, p. 39.

<sup>5</sup> HARBELE, Peter. *Nove ensaios constitucionais e uma aula de jubileu*. Ed. Saraiva. 2012, p. 144.

<sup>6</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 8. Ed. Revista e Atualizada. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013. p. 40.

### 1.1.1 Na Europa

Um nome importante é o de Jean Bodin, que publica, em Paris, em 1576, os Seis Livros da República. O autor teoriza sobre o poder do soberano – o rei; perpétuo e absoluto, não estando submetido nem a controle nem a contrapeso por parte de outros poderes.<sup>7</sup>

Em 1649 o rei da Inglaterra é condenado a morte<sup>8</sup>, a câmara dos Lordes é extinta. Surge o Parlamento.

Em 1651 Hobbes escreve o Leviatã. Na sua doutrina, os homens retêm todos os direitos, mas se veem em constante conflito, surgindo daí a necessidade de instruírem um soberano, o Leviatã, a quem transfeririam a titularidade de todos os direitos.<sup>9</sup> Esse estado de natureza, o receio dos conflitos em busca da satisfação pessoal tinha como consequência a origem do soberano. Definindo-se a doutrina de Hobbes de Contratualista. Sua teoria embora apresentada como alternativa à invocação do direito divino do monarca, é, de outro lado, a confirmação do poder deste.<sup>10</sup>

Em 1660 a monarquia é restaurada.

Em 1689 a Revolução Gloriosa limita os poderes do Monarca, com a adoção do *Bill of Rights*<sup>11</sup>. Tem-se o início da supremacia do parlamento. Ao rei, titular do executivo, foi imposto a recusa em legislar autonomamente, impor tributos, convocar e manter o exercito sem autorização do parlamentar.<sup>12</sup>

John Locke foi um grande observador desse poder moderado. Em 1690 publica o *Segundo Tratado do Governo Civil*, refletindo sobre o momento histórico. A importância de Locke é assim resumida por Maurizio Fioravanti, em citação do prof. Paulo Gonet:

---

<sup>7</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 8. Ed. Revista e Atualizada. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013, p. 40

<sup>8</sup> Carlos I (1600 – 1649) foi rei dos três reinos da Inglaterra, Escócia e Irlanda. Após a sua sucessão Carlos achou que podia governar de acordo com a sua consciência, acreditava no direito divino dos reis. Seus súditos eram contra suas políticas e suas interferências nas igrejas inglesas e escocesa e o aumento de impostos. Suas ações era de um monarca absoluto e tirano.

<sup>9</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de Ponderação na Jurisdição Constitucional**. Ed. Saraiva. 2009, p. 14.

<sup>10</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de Ponderação na Jurisdição Constitucional**. Ed. Saraiva. 2009, p. 15.

<sup>11</sup> Bill of Rights (ou lista de direitos), trata-se de uma lista de direitos considerados importante. Foi uma proposta de lei, aprovada pelo Parlamento em 1689. O Parlamento britânico definiu que todas as leis deveriam passar pelo Parlamento.

<sup>12</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de Ponderação na Jurisdição Constitucional**. Ed. Saraiva. 2009, p. 15.

A verdadeira relevância de Locke está em ter sido ele pioneiro em formular, de modo claro e firme, no âmbito da constituição dos modernos, a fundamental distinção entre poder absoluto e poder moderado. O primeiro é aquele em que um único sujeito, seja o rei, seja a assembleia, tem os poderes legislativos e executivo; já no segundo, os dois poderes são distintos e pertencem a dois sujeitos distintos.<sup>13</sup>

Para a teoria deste filósofo, é próprio da constituição estabelecer a relação adequada entre legislativo e executivo. Não obstante houvesse uma separação de poderes, não havia igualdade entre eles, prevalecendo a supremacia do parlamento, uma vez que este era a representação do povo, não se podendo deduzir daí, que Locke fosse a favor da soberania do povo.<sup>14</sup>

Durante o sec. XVIII há difusão da ideia de que a constituição inglesa representa o ideal da configuração política da sociedade. O *King in Parliament*: o parlamento legisla, mas o rei pode vetar. O rei atua e executa com prévia autorização de gastos, dada pelo parlamento.

Esse arquétipo de separação de poderes se refina com a obra de Montesquieu, *O Espírito das Leis*, em 1748. O autor afirma que a liberdade política somente existe nos governos moderados, mas alerta, que só existe quando não se abusa do poder, pois o homem que tem poder é tentado a abusar dele.<sup>15</sup>

Montesquieu afirma haver três espécies de poderes em cada Estado: o poder legislativo, o poder executivo (direito das gentes) e o executivo (civil)<sup>16</sup>, sendo os três poderes obrigados a caminharem de acordo.<sup>17</sup>

A liberdade política seria afirmada em uma constituição que estabelecesse a divisão de poderes, prevenindo o abuso, de modo a restringi-los, evitando a concentração de poder.

O constitucionalismo, até aqui, constringia os poderes públicos constituídos e também inibia o povo, o que será combatido pelo pensamento do Rousseau.<sup>18</sup>

---

<sup>13</sup> FIORAVANTI, Maurizio. Constitución, p.93. apud BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de Ponderação na Jurisdição Constitucional**. Ed. Saraiva. 2009, p. 42.

<sup>14</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de Ponderação na Jurisdição Constitucional**. Ed. Saraiva. 2009, p. 17.

<sup>15</sup> MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. Difusão Europeia do livro. São Paulo, 1962. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues, p. 179.

<sup>16</sup> MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. Difusão Europeia do livro. São Paulo, 1962. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues, p. 180.

<sup>17</sup> MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. Difusão Europeia do livro. São Paulo, 1962. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues, p. 188

<sup>18</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 8. Ed. Revista e Atualizada. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013, p. 44.

Rousseau defendia a soberania popular como sendo absoluta, não podendo ser limitada nem pela constituição. Em 1762 publica *O Contrato Social*, sustentando que o poder soberano pertence diretamente ao povo, desconfia dos governos e propõe que sejam limitados. A Constituição apenas cuida dos poderes instituídos, não podendo restringir a expressão da vontade do povo soberano<sup>19</sup>.

A Revolução Francesa baseia-se nessas premissas. O povo é soberano. Tem no parlamento a sua voz, este por sua vez, não pode ser limitado. É nesse contexto que surge a constituição francesa de 1791. Havia separação de poderes, o monarca era chefe do executivo, mas o Parlamento era soberano.

Sendo o Parlamento o órgão a externar a vontade popular, não tinha como ser censurado, nem mesmo pela Constituição, o que obviamente a enfraquece. A ideia de uma Constituição sem proteção efetiva, de desdenhável valor jurídico, perdurou por um bom tempo<sup>20</sup>.

Esse quadro apenas sofrerá alteração após a segunda grande guerra, quando vem a público o horror nazista. Grande atores deste período foram Carl Schmitt e Hans Kelsen que travaram intensa discussão sobre a supremacia da Constituição e a Jurisdição Constitucional, temas que serão analisados posteriormente.

### 1.1.2 Nos Estados Unidos

Diferentemente do que ocorria na Europa, nos Estados Unidos após a independência surgiu a necessidade do equilíbrio entre os poderes. O presidente da república era eleito pelo voto popular, tal qual os membros do Congresso. O que os estadunidenses temiam era um parlamento tirânico, corrompido e com poderes ilimitados. Essa desconfiança para com o Parlamento podem ser retrocedidas aos fatores desencadeadores da independência americana<sup>21</sup>.

Esse contexto favoreceu a supremacia da constituição estadunidense, ainda no século XIX, como instrumento de submissão dos poderes a limites<sup>22</sup>. Surgindo, então, uma

---

<sup>19</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de Ponderação na Jurisdição Constitucional**. Ed. Saraiva. 2009, p. 44

<sup>20</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de Ponderação na Jurisdição Constitucional**. Ed. Saraiva. 2009, p. 27

<sup>21</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de Ponderação na Jurisdição Constitucional**. Ed. Saraiva. 2009, p. 46

<sup>22</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 8. Ed. Revista e Atualizada. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013, p. 49

constituição rígida, gozando de supremacia e criando condições para o controle jurisdicional – *judicial review*.

A doutrina do *judicial review* é uma construção jurisprudencial e será abordada em capítulo diverso.

Após contextualizarmos, sinteticamente, o momento histórico e evolutivo do direito constitucional, abordaremos as teorias mais comumente destacadas.

## 2 TEORIAS CONSTITUCIONAIS

O termo constituição, no constitucionalismo antigo, tem um significado menos amplo do que o atual. No Império Romano significava atos legislativos do Imperador.<sup>23</sup> Na idade média passou a interligar-se com a ideia de limitação do poder estatal.<sup>24</sup> No constitucionalismo moderno a concepção é mais ampla, abrangendo a estrutura e organização do Estado, modo de aquisição e limitação do poder e previsão de diversos direitos fundamentais.

O trabalho citará as três principais doutrinas. A Constituição em sentido Sociológico, Político e Jurídico.

A primeira delas, a Constituição no seu sentido sociológico, defendida por Ferdinand Lassale, que volta seu olhar para as relações entre as pessoas, o governo e o poder. Não interessando se há uma constituição escrita, pois o que prevalece é a constituição real, as relações sociais, principalmente, pelas forças dominantes da sociedade. Ademais, a constituição escrita, nesse caso, nada mais seria do que folha de papel.

Já a constituição em sentido político é aquela que organiza o Estado e estabelece seus fins essenciais, limitando seu poder. Essa decisão política organizadora do estado é considerada, e apenas ela, constitucional, sendo o resto meras leis. Para Carl Schmitt a Constituição é fruto de uma “decisão política fundamental”, ainda defendia que a constituição formal, escrita, não era importante. Sendo essencial o conteúdo da norma e não sua forma.

Contrapondo-se as teorias que não viam a Constituição escrita como importante, temos a Teoria Jurídica de Hans Kelsen. Enxergar a lei em sentido jurídico é vê-la como uma norma máxima de um ordenamento jurídico. Para Kelsen a Constituição é norma pura, puro dever ser. Um texto que se coloque acima das demais normas, com processo de modificação rígido e complexo.

A constituição é a base fundamental da ordem estatal. Motivo pelo qual é o desejo de dar a maior estabilidade possível, distinguir as normas constitucionais das normas legais,

---

<sup>23</sup> MORAES, Alexandre de. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais**. Ed. Atlas. 3 Ed. São Paulo. p.12

<sup>24</sup> MORAES, op. citada. p.13

sujeitando sua revisão a procedimento especial, que comporta requisitos de difícil atendimento.<sup>25</sup>

Outro defensor do sentido jurídico da Constituição foi o jurista alemão Konrad Hesse, discípulo de Kelsen. Hesse é autor da obra “A Força normativa da Constituição”, assunto que também será abordado no trabalho.

Podemos apontar algumas diferenças básicas entre o constitucionalismo antigo e o moderno. No sistema Constitucional antigo inexistia um texto codificado, tão pouco há responsabilidade do Soberano em face do desrespeito às normas constitucionais – é a chamada eficácia zero<sup>26</sup>. A Constituição é apenas “um convite” à atuação do legislador, não havendo vinculação e nem subordinação à ela.

O Constitucionalismo moderno está atrelado a ideia da constituição formal, escrita e rígida. Diferentemente do constitucionalismo antigo, o moderno limita o poder não só do soberano (executivo) e dos tribunais (Judiciário), como também do próprio parlamento, cujo respeito ao texto constitucional deve ser observado.<sup>27</sup>

Após a segunda grande guerra o direito constitucional sofre alterações. Nunca é demais lembrar que o regime Nazista agiu e se legitimou dentro da estrita legalidade. Foram as Leis de Nuremberg, editadas em 1935, durante o III Reich, que possibilitaram o Holocausto.

Finda a guerra, o constitucionalismo Europeu se reinventou. A doutrina chama o novo período de Neoconstitucionalismo, e a principal referência é a Lei Fundamental de Bonn (constituição alemã) de 1949. As principais, supostas, mudanças são assim relacionadas, pelo professor Ávila:

Princípios em vez de regras (ou mais princípios do que regras); Ponderação no lugar de subsunção (ou mais ponderação do que subsunção); Justiça particular em vez de justiça geral (ou mais análise individual e concreta do que geral e abstrata); Poder Judiciário em vez dos Poderes Legislativo ou Executivo (ou mais Poder Judiciário e menos Poderes Legislativo e Executivo); Constituição em substituição à lei (ou maior, ou direta, aplicação da Constituição em vez da lei).<sup>28</sup>

---

<sup>25</sup>Kelsen, Hans. **A Garantia Jurisdicional da Constituição**. tradução: Jean François Cleaver – Tradutor do Senado federal – Direito Público N.1 – Jul-Ago-Set/2003 – Doutrina Estrangeira 91, p. 7

<sup>26</sup>MORAES, Alexandre de. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais**. Ed. Atlas. 3 ed. São Paulo: 2013, p. 16

<sup>27</sup>MORAES, Alexandre de. *Jurisdição ... Op. Citada*. P. 17

<sup>28</sup>ÁVILA, Humberto. “NEOCONSTITUCIONALISMO”: ENTRE A “CIÊNCIA DO DIREITO” E O “DIREITO DA CIÊNCIA”. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, no. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível na Internet:



O professor Luis Roberto Barroso assim resume o marco do novo constitucionalismo:

Em suma: o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no estado e no direito constitucional, (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática constitucional.<sup>29</sup>

É nesse contexto que está inserida a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

## 2.1 A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO

Como mencionado anteriormente a Força Normativa da Constituição é tratada em obra clássica de Konrad Hesse, discípulo de Kelsen. O texto foi base da sua aula inaugural na universidade de Freiburg, em 1959.

Para o autor a constituição real é inseparável da jurídica. Hesse se contrapõe ao pensamento de Lassale e Schmitt, afirma que ao separar realidade e norma, entre *Sein* e *Sollen*, leva inevitavelmente a extremos de um norma despida de qualquer elemento da realidade ou de uma realidade esvaziada de elemento normativo.<sup>30</sup> A norma constitucional

---

<<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 22/09/2014.

<sup>29</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito – O Triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Revista de Direito Proc. Geral, Rio de Janeiro. 2006. Disponível na internet: <[http://www.conjur.com.br/2006-abr-26/triunfo\\_tardio\\_direito\\_constitucional\\_brasil?pagina=9](http://www.conjur.com.br/2006-abr-26/triunfo_tardio_direito_constitucional_brasil?pagina=9)>. Acesso em: 22/09/2014.

<sup>30</sup> HESSE, Konrad. **A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre: 1991, p.14.

não tem existência autônoma fora da realidade. A norma jurídica só tem eficácia na concretude da realidade.

A constituição jurídica deve se construir compatível com as características atuais da sociedade (culturais, sociais e econômicas), sendo falhas as constituições embasadas numa sociedade abstrata.

A força normativa da constituição está condicionada a sua pretensão de eficácia. A possibilidade de eficácia, por sua vez, depende da relação da constituição jurídica com a realidade. O Autor acrescenta que embora a constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas<sup>31</sup>. O que Hesse chama de *Wille zur Verfassung* (vontade de constituição).

A Vontade de Constituição origina-se em três vertentes:

1. Compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra arbítrio desmedido e disforme<sup>32</sup>. Hesse alerta para o perigo da instabilidade constitucional, provocada pela frequente revisão. A interpretação Constitucional torna-se importante como modo de oxigenação da ordem constitucional jurídica com a realidade fática.

2. Compreensão de que a ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos<sup>33</sup>. A constituição é mais do que reprodução da realidade, ultrapassa o interesse da classe dominante. São objetivos em processo de legitimação.

3. A ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana<sup>34</sup>. Estamos todos convocados a dar conformação à vida do estado, assumindo e resolvendo tarefas por ele colocadas.

A eficácia da constituição estaria subordinada aos seguintes pressupostos:

---

<sup>31</sup> HESSE, Konrad. **A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre: 1991, p. 19

<sup>32</sup> HESSE. Loc.cit.

<sup>33</sup> HESSE. Loc.cit.

<sup>34</sup> HESSE, Konrad. **A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre: 1991, p. 20.

a) Quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa.<sup>35</sup>

Porém a constituição não deve conter apenas os elementos dominantes. Deve estabelecer princípios fundamentais, incorporando, também, deveres. Os Direitos Fundamentais não podem existir sem deveres.

b) Um ótimo desenvolvimento da força normativa da Constituição depende não apenas do seu conteúdo, mas também de sua práxis...Vontade de Constituição (Wille zur Verfassung).<sup>36</sup>

A vontade de constituição deve ser preservada acima de interesses individuais e, caso seja necessário, renunciar benefícios ou vantagens justas em favor da preservação de um princípio constitucional.

Em apertada síntese podemos afirmar que para Hesse, a Constituição jurídica está imbricada na Constituição fática. A eficácia da norma está condicionada a essa correlação e a vontade de constituição. Os princípios basilares previstos na norma máxima não podem ser alterados mediante revisão constitucional, pois são postulados da soberania popular. A última palavra sobre os conflitos constitucionais são de competência das cortes constitucionais.

## 2.2 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

*“Uma corte muito fraca para ameaçar a liberdade das pessoas, pode também ser muito fraca para protegê-las.”<sup>37</sup>*

---

<sup>35</sup> HESSE, Konrad. **A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre: 1991, p. 20.

<sup>36</sup> HESSE, Konrad. **A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre: 1991, p. 22.

<sup>37</sup> WHITTINGTON, Keith E. apud LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou Altiwez? O Outro Lado do Supremo Tribunal Federal**. 2008. Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado do Instituto Brasiliense de Direito Público. p. 107.

Anterior a segunda grande guerra, sob a égide da Constituição de Weimar de 1919, imenso debate foi travado entre Kelsen e Schmitt acerca de quem deveria ser o guardião da Constituição.

A constituição de Weimar tem grande valor histórico por marcar o início do constitucionalismo social. Seu texto traz garantias às liberdades públicas e extenso rol de direitos fundamentais de primeira e segunda dimensão. A Carta de Weimar teve vida breve, mas o rico debate travado sobre seu texto reflete, ainda hoje, no constitucionalismo moderno.

Para Schmitt o protetor da constituição seria o presidente do Reich, fundamentada na doutrina do *pouvoir neutre*. Este teria um poder neutro, mediador, sendo a representação da vontade popular. Com base nos artigos 19<sup>38</sup> e 48<sup>39</sup> da Carta de 1919, o jurista alemão sustenta que o guardião da constituição não poderia ser o Tribunal Federal ou qualquer outro tribunal, mas tão somente o chefe do executivo, afirmando que:

“Segundo o direito positivo da constituição de Weimar, a posição do Presidente do Reich, eleito por toda a nação, somente pode construir-se com a ajuda de uma teoria muito próxima de um poder neutro, mediador, regular e tutelar. O Presidente do Reich está dotado de atribuições que lhe garantem independência frente aos órgãos legislativos, mas, simultaneamente, está submetido ao referendo dos ministros, que por sua vez dependem da confiança do Parlamento. As atribuições que estão assinaladas pela Constituição correspondem tipicamente ao repertório das atribuições do Chefe de Estado, que formulou B. Constant (...) a proteção da Constituição do Reich frente aos territórios, a proteção da constituição.”<sup>40</sup>

Schmitt afirma que o presidente eleito por todo o povo, está destinado a “defender a unidade do povo como um todo político”, atuando como “contrapeso para o pluralismo de grupos de poder sociais e econômicos” para “atuar como guardião e defensor da unidade e integridade constitucional do povo alemão”<sup>41</sup>, e assim conclui:

<sup>38</sup> Artigo 19 da Constituição de Weimar de 1919 – “Os litígios constitucionais que se suscitem num estado desprovido de tribunal competente para os dirimir, e outrossim, os litígios entre os diferentes Estados ou entre o Império e um estado, contanto que não sejam de direito privado, são decididos, a requerimento de uma das partes, pelo Tribunal de Justiça do Estado para o Império Alemão, salvo se puderem ser decididos por outro tribunal do Império. O presidente do Império executa a decisão do Tribunal de Justiça do Estado.”

<sup>39</sup> Artigo 48 § 2 da Constituição de Weimar de 1919 – “Caso a segurança e a ordem públicas estejam seriamente ameaçadas ou perturbadas, o Presidente do Reich (Reichspräsident) pode tomar as medidas necessárias a seu restabelecimento, com auxílio, se necessário, de força armada. Para esse fim, pode ele suspender, parcial ou inteiramente, os direitos fundamentais (Grundrechte) fixados nos artigos 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 154”.

<sup>40</sup> SCHMITT, Carl. **La defensa de la Constitución**. 1983 apud MORAES, Alexandre de. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais**. Ed. Atlas. 3 edição, 2013, São Paulo, p.102.

<sup>41</sup> KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Ed. Martins Fontes. São Paulo: 2003, p. 280.

“que o Presidente do Reich seja o protetor da Constituição corresponde também, entendo, ao princípio democrático sobre o qual repousa a Constituição de Weimar. O Presidente do Reich é eleito por todo o povo alemão e suas faculdades políticas frente aos organismos legislativos (particularmente a de dissolver o Parlamento e de promover plebiscitos) são por sua natureza uma apelação ao povo.”<sup>42</sup>

“com a justicialização da política a política não tem nada a ganhar e a justiça tem tudo a perder.”<sup>43</sup>

Hans Kelsen combateu duramente a teoria de Schmitt. A interpretação dada por seu opositor, ao artigo 48, segundo Kelsen, era de uma ficção de notável audácia<sup>44</sup>, e prossegue:

Ao mesmo tempo, porém, através de uma interpretação mais do que extensiva do art. 48, ele procura ampliar a competência do presidente do Reich de maneira tal que este não escapa de tornar-se senhor soberano do estado, alcançando uma posição de poder que não diminui pelo fato de Schmitt recusar-se a designá-lo como “ditadura” e que, em todo caso, segundo as expressões acima citadas, não é compatível com a função de um garante da Constituição.<sup>45</sup>

Ao refutar o argumento contrário de Schmitt à instituição de uma Jurisdição constitucional, Hans questionava o posicionamento de seu adversário em relação a Suprema Corte Americana. Pois a esta, Schmitt não negava o título de guardião e, ao argumento de Kelsen, os tribunais alemães exerciam qualitativamente o mesmo poder, diferenciando quantitativamente, uma vez que o tribunal alemão não anulava a lei inconstitucional apenas para um caso concreto, como o tribunal americano, mas sim para todos os casos.

“De que serve observar então, como faz Schmitt, que a função constitucional de um guardião da Constituição consiste em “substituir e tornar supérfluo o direito geral e ocasional de desobediência e resistência que repousa no direito de controle material” e que “apenas não estamos diante de um guardião da Constituição no sentido institucional”? Isso, em realidade, não basta para chegarmos ao “sentido preciso” do conceito “guardião da Constituição”; basta apenas para concluir que os tribunais, mesmo quando exercem o direito de controle, “não devem ser considerados guardiões da Constituição”. Uma afirmação meramente terminológica, pois Schmitt não pode desmentir que um tribunal, quando rejeita a aplicação de uma lei inconstitucional, suprimindo assim sua validade para o caso concreto, funciona como garante da Constituição,

<sup>42</sup> SCHMITT, Carl. La defensa de la Constitución. 1983, p. 250 apud MORAES, Alexandre de. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais**. Ed. Atlas. 3 edição, 2013, São Paulo, p.102.

<sup>43</sup> Ibid. P. 272. Apud MORAES, Alexandre de.

<sup>44</sup> KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Ed. Martins Fontes. São Paulo: 2003, p. 241.

<sup>45</sup> KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Ed. Martins Fontes. São Paulo: 2003, p. 246.

mesmo que não se lhe conceda o altissonante título de “guardião da Constituição”, ou seja, se renuncie a uma expressão cujo *pathos* já é, por si só, uma advertência contra tendências ligadas a ela. O que importa é determinar a conveniência de se confiar dessa maneira aos tribunais a função de garantia da Constituição, e, em caso negativo, se é necessário retirar-lhes o direito de controle. Será inútil procurar em Schmitt uma solução clara desse problema.<sup>46,</sup>

Para Kelsen não faz o menor sentido o presidente do Reich como guardião da constituição. Segue afirmando que a constituição institui um tribunal constitucional, e isto não é uma “fictícia forma judiciária”, mas sim a criação de uma instituição real<sup>47</sup>. Declarar o contrário contraria as mais claras disposições da Constituição do Reich<sup>48</sup>.

As ideias de Kelsen influenciaram decisivamente o pós guerra<sup>49</sup>, Schmitt nunca se animou a contra réplica e sua tese serviu para legitimar os movimentos golpistas<sup>50</sup> da Alemanha nazista. Sobre o encerramento do debate, interrompido pela 2º guerra, concludentes são as lições do professor Paulo Gustavo:

Ao tempo em que o silêncio recaiu sobre o debate teórico, a supremacia do parlamento já havia produzido a paradoxal e tirânica consequência do fortalecimento do executivo, com assunção, por este, de poderes ditatoriais – e, isso, por delegação do parlamento. (...) Na Alemanha, repetidas vezes se recorreu ao poderes de emergência, conferidos ao presidente do reich pelo art. 48 da Carta de Weimar. Em 1933, a delegação operou o colapso final do parlamentarismo, legalizando-se a ditadura de Hitler<sup>51</sup>.

Ao final da guerra, vem a público o horror instaurado pelo regime nazista. Urge a necessidade de uma proteção mais efetiva aos Direitos Humanos. O receio do abalo a democracia diante da jurisdição constitucional dá espaço a proteção dos direitos e garantias

---

<sup>46</sup> KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Ed. Martins Fontes. São Paulo: 2003, p. 249 – 250.

<sup>47</sup> KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Ed. Martins Fontes. São Paulo: 2003, p. 280.

<sup>48</sup> KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Ed. Martins Fontes. São Paulo: 2003, p. 287.

<sup>49</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de Ponderação na Jurisdição Constitucional**. Ed. Saraiva. 2009, p. 33.

<sup>50</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de Ponderação na Jurisdição Constitucional**. Ed. Saraiva. 2009, p.34.

<sup>51</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Loc.cit.

individuais. Havia neste período uma desconfiança em relação ao sistema americano do *judicial review*, via-se nele o “espectro do temido governo dos juízes”<sup>52</sup>.

A Justiça Constitucional, nos moldes de Kelsen, se alastrou pelo velho continente. Como referência podemos citar a Constituição alemã de 1949 e a criação do Tribunal Constitucional Federal em 1951; a constituição da Itália de 1947 e a instalação da Corte Constitucional, em 1956; Durante a década de 70, podemos citar a re-constitucionalização em Portugal, Grécia e Espanha.

O sistema de controle exercido pela jurisdição constitucional europeia é o dito controle concentrado, principal, geral e abstrato, com efeitos erga omnes. Tais características serão abordadas em momento posterior.

Diverso foi o caminho trilhado nos Estados Unidos. Durante a guerra da independência norte americana (1775-1783) cresceu entre os colonos um sentimento de desconfiança com o parlamento Britânico<sup>53</sup>. Nesse contexto a novel república buscava um equilíbrio de forças entre os poderes. A primeira e única constituição norte americana é datada em 17 de setembro de 1787. Já nascendo com ela o sentimento de supremacia da constituição, como garantidora dos direitos fundamentais e limitadora do poder estatal.

Embora a Constituição estadunidense preveja expressamente a existência da Suprema Corte, a jurisdição constitucional, como instrumento de controle de constitucionalidade, decorre de uma construção jurisprudencial. A doutrina do *Judicial Review* foi firmada do célebre caso *Marbury v. Madison*<sup>54</sup> (1801-1803).

---

<sup>52</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de Ponderação na Jurisdição Constitucional**. Ed. Saraiva. 2009, p.36

<sup>53</sup> O professor Gonet leciona que “Leis arbitrárias britânicas das vésperas da independência indignaram os colonos, que as viram como deliberações espúrias de um parlamento corrompido, que se arrogara de um poder ilimitado. Op. Cit. p. 46

<sup>54</sup> Em 1800 os federalistas perderam as eleições para o Congresso e para a Presidência da República. Foi eleito para o executivo o republicano Thomas Jefferson. O presidente Adams, federalista, deveria continuar no cargo até março de 1801. Nesse intervalo, os federalistas aprovaram uma lei que criava dezesseis tribunais federais. Esses tribunais viriam a liberar os juízes da Suprema Corte das cansativas viagens por todo o país. Essas viagens eram necessárias, porque incumbia aos juízes da suprema corte apreciar as apelações nos Estados-membros em casos federais. Os cargos nos novos tribunais eram vitalícios e poderiam, assim, abrigar próceres entre os federalistas de modo irreversível pelo governo. Os federalistas criaram também numerosos outros cargos de menor importância (...) entre eles mais de quarenta postos de juiz de paz (...) Nos três meses que antecederam a posse de Jefferson em 1801, vagou o cargo de presidente da Suprema Corte. Adams não viu ninguém melhor para ocupa-lo do que seu próprio Secretário de estado, John Marshall. (Na verdade, Marshall não foi a primeira escolha de Adams. Foi indicado, depois que John Jay – um dos autores do *Federalista* – recusou o posto, desanimado, aos 55 anos, com as viagens pelo país a que eram obrigados os juízes da Suprema Corte. A recusa se deu sem que Jay soubesse que, dias depois, essas viagens seriam suprimidas pela lei federalista do Judiciário.) A pedido de Adams, Marshall desempenhou as funções de Secretário de Estado até as vésperas da posse de Thomas Jefferson (...) As nomeações tanto dos juízes dos tribunais federais como dos juízes de paz tiveram que ser feitas às pressas, já que o termo final do governo Adams se aproximava. Alguns desses juízes foram nomeados na noite anterior à posse dos republicanos, daí a

O Chief Justice Marshall assim declarou, no épico caso:

(...) Os poderes do legislativo são definidos e limitados e seus limites não podem ser controvertidos ou enfraquecidos; a Constituição é escrita. Qual o propósito de serem os poderes limitados e aqueles limites consignados por escrito, se puderem, a qualquer tempo, ser ultrapassados por limites considerados como restritos? (...) a Constituição controla qualquer ato legislativo em choque consigo, ou que o Legislativo possa alterar a Constituição por lei ordinária. Entre estas alternativas, não há meio termo... Certamente, todos os que tem fundado Constituições escritas contemplam-nas como formadoras do Direito fundamental e supremo da nação, conseqüentemente, abraçam a teoria de que cada governo deve aceitar que uma lei ordinária em conflito com a Constituição é inoperante(...) Portanto a fraseologia particular da Constituição dos Estados Unidos confirma e fortifica o princípio, considerado essencial a todas as Constituições escritas, de que uma lei em choque com a Constituição é revogada e que os tribunais, assim como outros departamentos, são ligados por aquele instrumento. A norma deve ser anulada.”<sup>55</sup>

O sistema de controle exercido pela jurisdição constitucional estadunidense é o dito controle difuso, incidente e concreto, com efeito *inter partes*. Entretanto, a vinculação das decisões judiciais estão incluídas na regra do *Stare decisis*. Por tal regra, um caso presente, semelhante a outro já julgado, deverá ser decidido da mesma forma.

---

alcunha de *juizes da meia-noite* (...) Um dos que deveriam ser empossados era William Marbury. Ele fora indicado juiz de paz pelo Presidente Adams e confirmado pelo Congresso, no seu último dia ainda federalista (...) O diploma deveria, depois disso, ser remetido ao nomeado, o que terminou, todavia, por ser esquecido no tumulto do último dia do governo. Os republicanos chegaram ao poder particularmente irritados com as manobras federalistas no Judiciário, o que facilita compreender por que, quando Marbury cobrou o envio do ato já assinado e aprovado pelo Congresso Nacional, o novo Secretario de Estado, James Madison, instruído por Jefferson, o recusasse peremptoriamente. Marbury processou o novo Secretário de Estado (...) valeu-se de ação criada por uma lei de 1789, que adicionara o *writ of mandamus* à lista das ações cometidas à competência originária da Suprema Corte... O presidente Jefferson entendeu que a Suprema Corte não poderia obrigar o Executivo à pratica do ato desejado por Marbury. O secretario Madison desdenhou o tribunal, não apresentando nenhuma defesa. A Corte marcou o início do julgamento do *writ* para 1802. O Congresso alterou o calendário de funcionamento da Suprema Corte, suprimindo dele o período que havia sido marcado para o julgamento (...) Jefferson tomou como prioridade a derrubada da Lei do Judiciário, aprovada na legislatura anterior. Em julho de 1802, é editada nova lei (...) com o novo ato, todos os nomeados pelo governo Adams perderam o emprego e os juizes da Suprema Corte deveriam voltar a viajar pelo país (...) O clima de beligerância era inequívoco (...) a Suprema Corte, em 1803, afirmou o seu poder de declarar a inconstitucionalidade de leis do Congresso Nacional e a superioridade da sua interpretação da Constituição, deitando as bases do *judicial review* (...) Marshall afirmou que a retenção do título necessário para a posse de Marbury era imprópria, mas negou a ordem impetrada, porque o *writ* de que Marbury se valera havia sido incluído no âmbito da competência originária da Suprema Corte por meio de lei ordinária. Segundo Marshall, a competência originária da Suprema Corte, fixada pela constituição, não poderia ser distendida por diploma infraconstitucional (...) Com a solução encontrada, o Executivo republicano não foi compelido a entregar o diploma a Marbury e não teve porque se rebelar. Afirmou-se, não obstante, e sem provocar retaliação, a autoridade do Poder Judiciário, superior à do Legislativo e à do executivo, em tema de interpretação e aplicação da Constituição.” BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de Ponderação na jurisdição Constitucional**. Saraiva, 2009. p. 48 a 50.

<sup>55</sup> SWISHER, Carl Brent. Decisões Históricas da Suprema Corte. 1962. Apud, MORAES, Alexandre de. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 79 a 83.



A experiência norte americana repercutiu mundialmente, assim sintetizado por Tassinari, “duas importantes afirmações: da soberania da Constituição, no sentido de que o texto constitucional passou a ser considerado superior a outros atos normativos; e do papel do Judiciário na defesa da Constituição, incluindo o dever de tornar nula legislação que lhe confrontasse.”<sup>56</sup>

A abordagem dos dois modelos de jurisdição constitucional se fez necessária pois no Brasil temos a jurisdição híbrida, adotando tanto o controle difuso quanto o concentrado.

Não restam dúvidas que as normas constitucionais tem aplicação imediata e aquelas que não podem ser aplicadas diretamente, restringem a atuação do legislador. O Constitucionalismo, na modernidade, deixa de ser um convite a atuação para limitar e guiar as funções estatais.

A Constituição passa a irradiar todo o ordenamento jurídico e as outras normas são interpretadas com o olhar na constituição. A jurisdição constitucional vem como consequência. Sem a justiça constitucional, o princípio da constitucionalidade fica sem tradução prática<sup>57</sup>. O professor Streck ressalta que:

(...) a experiência de inúmeras nações tem apontado para o fato de que o estado Democrático de Direito não pode funcionar sem uma justiça constitucional. Guardadas as especificidades dos vários países, a justiça constitucional é condição de possibilidade do Estado Democrático de Direito, questão que vem à tona desde o momento em que se passa a entender que as normas constitucionais são dotadas de eficácia(...)<sup>58</sup>.

É de fácil percepção a posição de destaque das cortes constitucionais. Sendo alvo de críticas constantes. Todo o estudo engendrado até aqui teve o proposito de situar o leitor da evolução da jurisdição constitucional. O que se fará na sequencia é analisar o movimento decorrente da jurisdição Constitucional: O Ativismo Judicial.

---

<sup>56</sup> TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial** Limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 73 e 74.

<sup>57</sup> STRECK, Lênio. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 42.

<sup>58</sup> STRECK, Lênio. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 115.

### 3 ATIVISMO JUDICIAL

“É importante observar que ativismo é como colesterol: tem do bom e tem do ruim.”<sup>59</sup>”

O termo Ativismo surge com uma matéria vinculada na revista americana *Fortune*. O jornalista Arthur Schlesinger Jr, autor da matéria, no artigo *Supreme Court: 1947*, fez uma análise do perfil dos nove juízes. Alguns foram denominados de *Ativistas Judiciais (activists)* e outros de *passivistas (self-restraint)*. A classificação dada não foi resultado de nenhuma reflexão conceitual ou metodológica<sup>60</sup>.

Entretanto, o termo ganhou proporções, em sua grande maioria com conotação negativa. O Ativismo Judicial é, tratado por muitos, como um mal a ser combatido. Sem consenso do que seria uma decisão ativista ou não, utiliza-se, frequentemente, o termo para peiorar inconformismos.

#### 3.1 EM BUSCA DE UM CONCEITO

Em linhas gerais poderia se falar que Ativismo é a ingerência do judiciário nos outros Poderes. Ou nas palavras do professor Elival da Silva Ramos:

Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que está a referir é à ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo.<sup>61</sup>

Analisar essa ingerência, em um Estado Constitucional, não é tarefa fácil. Ainda mais sob a ótica do *Welfare State*, com o agravante de que diversos dispositivos constitucionais ainda não foram efetivados.

<sup>59</sup> BARROSO, Luis Roberto. Entrevista concedida ao Conjur. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008-set-21/quando\\_legislativo\\_mal\\_judiciario\\_toma\\_conta?pagina=3](http://www.conjur.com.br/2008-set-21/quando_legislativo_mal_judiciario_toma_conta?pagina=3)>

<sup>60</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial**

<sup>61</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial, Parâmetros dogmáticos**. São Paulo: 1ª edição, 3ª tiragem, 2013. p. 116.

Sem dúvidas que a conotação do Ativismo no direito Brasileiro é diferente da do estadunidense. A começar pela própria diferenciação dos dois ordenamentos jurídicos. Este último adotando o sistema da *Common Law*<sup>62</sup>, e o nosso, o sistema romano-germânico.

Na *Common Law* o judiciário influencia sobremaneira o direito. A vinculação das decisões judiciais ocorrem por meio da regra do *Stare Decisis*, onde um caso semelhante a outro anterior, deverá ser julgado igualmente, trata-se da verticalização e horizontalização dos precedentes. O professor Elival assim define como “a capacidade de estabelecer atos disciplinadores de condutas futuras”<sup>63</sup>.

Nessa vertente, a estreita proximidade entre a atuação dos tribunais e a dos legisladores, já fora apontada por Kelsen:

A função criadora de Direito dos tribunais, que existe em todas as circunstâncias, surge com particular evidência quando um tribunal recebe competência para produzir também normas gerais através de decisões com força de precedentes<sup>64</sup>.

Um precedente não é todo o acórdão (*opinion of the court*), mas apenas os fundamentos determinantes. *Holding* (ou *ratio decidendi*, na Inglaterra) é que ganha força vinculante. O *dictum* é tudo que se afirma na decisão, embora não seja o fundamento decisivo da questão. A alteração da jurisprudência (precedente) ocorre por meio do *overruling*, ou seja, pela desconstituição fundamentada, embora discricionária, de um precedente por outro.

Como se pode notar o processo de criação do direito, em sistemas de common law, a atuação do judiciário é intensa, participando ativamente do processo, o que dificulta a caracterização de uma postura ativista. Há que se frisar que o judiciário age na solução de litígios, com decisões sempre fundamentadas, quando provocado. Nesta toada são as ponderações do Prof. Elival:

Tanto é assim que, mesmo nos casos em que há amplo espaço para a movimentação do juiz, por inexistir precedente aplicável ou por existir um texto legislativo vazio em linguagem da qual decorram conceitos amplos e indeterminados, não se comportam os órgãos de jurisdição como um autêntico legislador, tanto mais que estão compelidos, ao contrário destes, a justificar suas decisões, o que fazem lançando mão de argumentação

---

<sup>62</sup> O sistema da Common Law tem origem na Inglaterra, através da afirmação de um direito comum, assentado na análise de casos (*case law*), por isso os precedentes são tão importantes. O direito não só se materializa, como se cria, através de casos concretos.

<sup>63</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial, Parâmetros dogmáticos**. São Paulo: 1ª edição, 3ª tiragem, 2013. p. 108.

<sup>64</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, p. 268.

técnico-jurídica (escolha de método de interpretação adequado, integração por meio de princípios gerais de direito ou analogia).<sup>65</sup>

O professor Elival acrescenta, mais adiante, que a discussão sobre o ativismo, nos Estados Unidos, “tende a se deslocar para o plano da Filosofia política (...) tendo em vista a ideologia democrática que permeia o sistema político norte-americano”<sup>66</sup>. Talvez, por isso, o termo seja usado pelos norte-americanos de forma ampla e vaga.

No sistema brasileiro a atuação do judiciário também não está imune as críticas, sendo taxado muito mais como ativista do que passivista, muito embora o Supremo Tribunal Federal tenha passado vários anos apenas cientificando o legislador das omissões constitucionais<sup>67</sup>. Como bem coloca o professor Paulo Gonet, há uma pré-compreensão de que ativismo tem a ver com o desenho de separação de poderes e com exercício de atribuições que parecem destoar de algum esquema de divisão de tarefas<sup>68</sup>.

Ocorre que a nossa ordem constitucional de 88 legitimou o Supremo Tribunal Federal como guardião, intérprete e, em certos casos, “O” mecanismo de efetivação dos seus preceitos. Nunca é demais frisar, que a Carta de 88 é por demais analítica, constitucionalizando os mais variados temas, vários deles carecedores de concretização, colocando o judiciário na difícil tarefa de cumprir com seu papel constitucional sem ferir a esfera dos outros Poderes.

A vagueza da conceituação do Ativismo não é por acaso. De fato, é arduamente complicado estabelecer parâmetros objetivos de modo a classificar o ativismo e o não ativismo. Interessante é o trabalho dos professores Dimitri Dimoulis e Soraya Gasparetto Lunardi, em artigo intitulado *Ativismo e Autocontenção Judicial no Controle de Constitucionalidade*<sup>69</sup>.

<sup>65</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial, Parâmetros dogmáticos**. São Paulo: 1ª edição, 3ª tiragem, 2013. p. 109.

<sup>66</sup> RAMOS, Elival da Silva. Op. Citada. p. 110

<sup>67</sup> Como exemplo temos o Mandado de Injunção 712/PA que tratou da greve dos servidores públicos. Em casos anteriores o STF limitava-se a cientificar o Congresso nacional de que este estava em mora. A partir de 2007 a Suprema Corte passou a adotar uma posição mais concretista, destaque para trechos do voto do Ministro Celso de Mello, o atraso de 19 anos para regulamentar um direito constitucional “traduz incompreensível sentimento de desprezo pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição Federal (...) A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado, pois nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se revelarem convenientes aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos.”

<sup>68</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Artigo: Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial**.

<sup>69</sup> Dimoulis, Dimitri e Gasparetto, Lunardi. **Ativismo e autocontenção Judicial no Controle de Constitucionalidade**. Disponível em: <[http://www.editorajuspodivm.com.br/i/f/2\\_ativismo%20soltas.pdf](http://www.editorajuspodivm.com.br/i/f/2_ativismo%20soltas.pdf)>

No referido trabalho, os professores sugerem a delimitação do tema sob os aspectos quantitativos e qualitativos.

Sob o aspecto quantitativo a análise poderia fundar-se em avaliar quantos juízes intervêm demasiadamente nas decisões dos demais Poderes. Os professores alertam que a análise quantitativa torna-se ineficiente, diante de quem e como se definiria o muito ou pouco, para concluir que o grande número de Ações Diretas de Inconstitucionalidade procedentes não significa ativismo.

Já na definição qualitativa não interessa a frequência da intervenção, mas sim o critério de atuação ou não atuação, legitimado pelo texto constitucional. Ocorre que tais critérios não foram formulados pela doutrina, sendo, por enquanto, uma perspectiva promissora.

O trabalho também destaca a Teoria do Minimalismo Judicial, do professor James Bradley Thayer<sup>70</sup>, contrário ao controle judicial de constitucionalidade, podendo assim ser resumido:

Essas opções teóricas são rejeitadas pelos críticos que as consideram como meio para aumentar o poder dos juízes, em detrimento de órgãos eleitos pelo voto popular e estão mais preparados para tomar decisões em temas políticos ou de alta complexidade técnica. O texto constitucional é aberto e vago (baixa densidade normativa). Isso equivale, segundo os críticos, à decisão de encarregar o legislador e o Executivo da concretização de normas abstratas de maneira discricionária. Essa decisão do constituinte limita a amplitude e a profundidade do controle judicial, pois em muitos casos faltam critérios constitucionais objetivos para invalidar a opção do legislador. Essa é a tese central do minimalismo judicial.<sup>71</sup>

Os adeptos da teoria minimalista, teoria esta que até hoje influencia doutrinadores, apostam na auto contenção do judiciário. Não concordam com a tese da última palavra, pois, aos demais Poderes também é legítimo a interpretação constitucional. O juiz não deve ser passivista (se omitir diante de clara violação à Constituição), tampouco ativista (intervindo demasiadamente em problemas políticos), devendo buscar uma espécie de equilíbrio indicado pela tese da autolimitação<sup>72</sup>.

---

<sup>70</sup> Professor de direito em Havard, a Teoria Minimalista encontra-se em um trabalho publicado em 1893, intitulado “Origem e finalidade da doutrina Americana do direito constitucional”.

<sup>71</sup> DIMOULIS, Dimitri e LUNARDI, Soraya, **Ativismo e Autocontenção Judicial no Controle de Constitucionalidade**. Disponível em: < [http://www.editorajuspodivm.com.br/i/f/2\\_ativismo%20soltas.pdf](http://www.editorajuspodivm.com.br/i/f/2_ativismo%20soltas.pdf)> . p. 465

<sup>72</sup> Op. Citada. P. 469

Os autores, Dimoulis e Lunardi, concluem ser impossível a delimitação conceitual exata do ativismo, que não há supremacia nem poder da última palavra e que a *doutrina da autocontenção convida os julgadores a abster-se de um juízo de inconstitucionalidade que não possui plena justificativa e compromete o equilíbrio ente os poderes estatais*<sup>73</sup>.

A teoria minimalista não cabe em nosso ordenamento jurídico. Primeiro que, diferentemente do Estados Unidos, nossa constituição não é vaga. Segundo que o controle de constitucionalidade vem expressamente previsto no texto, não se tratando de construção jurisprudencial.

A doutrina da autocontenção se justifica com o fim de evitar abusos. As decisões, obrigatoriamente, são fundamentadas e, não havendo argumentos suficientes o judiciário não deve interferir.

Há de se concordar que não existe exclusividade de interpretação constitucional ao Supremo Tribunal Federal. Todas as esferas estão subordinadas a constituição, devendo seus atos serem com ela compatíveis. A tese da última palavra só tem significado se legitimada pela sociedade, pois, se ao contrário, nada mais será do que palavras vazias, por ausência de aceitação popular.

### 3.2 JUDICIALIZAÇÃO DA POLITICA

*Ao completar a tarefa do legislador , o juiz adentra searas antes por ele inexploradas. Daí ser acusado de ativista (...) o juiz brasileiro não procurou, mas foi chamado a desempenhar (esta tarefa)*<sup>74</sup>.

O *start* da judicialização da política se dá com a Constituição Cidadã de 88. Nossa constituição é analítica, com muitas normas programáticas dependentes da atuação dos Poderes Legislativo e Executivo. Confiou, o legislador constituinte originário, ao judiciário a guarda da constituição apostando na solução judicial dos conflitos de modo a dar efetividade máxima às suas normas.

---

<sup>73</sup> DIMOULIS, Dimitri e LUNARDI, Soraya, **Ativismo e Autocontenção Judicial no Controle de Constitucionalidade**. Disponível em: [http://www.editorajuspodivm.com.br/i/f/2\\_ativismo%20soltas.pdf](http://www.editorajuspodivm.com.br/i/f/2_ativismo%20soltas.pdf) . p.471

<sup>74</sup> NALINI, José Renato. **Ativismo Judicial, Garantismo ou produtividade Adequada?** Bahia: Ed. JusPodvim, 2013. p 386.

Entende-se, portanto, que ao abordar os mais variados temas no âmbito do texto constitucional é transformará-los, *potencialmente, em uma pretensão jurídica*<sup>75</sup>.

Junte-se o controle de constitucionalidade, a redemocratização, o texto constitucional compromissório com a afirmação de direitos humanos e concretização de direitos fundamentais, e o resultado vem a ser a judicialização da política. Não se trata da vontade de juízes e ou tribunais, mas, enfatiza-se novamente, de uma opção do legislador.

Cabe ao Supremo Tribunal Federal cumprir com seu papel constitucional.

Em muito se confunde a judicialização da política e o ativismo judicial. Como bem coloca o Professor Barroso os dois institutos *são primos, da mesma família e frequentam os mesmos lugares, mas não tem as mesmas origens*.<sup>76</sup> A judicialização é contingencial e, pela nossa história, podemos concluir como inevitável.

A politização do judiciário decorre, principalmente, da crise do sistema representativo por qual perpassa o país, por existir um grande abismo entre a vontade popular e a atuação do parlamento. O professor Alexandre de Moraes aponta três importantes causas para esse distanciamento: *o desvirtuamento da proporcionalidade parlamentar, o total desligamento do parlamentar com seu partido político e a ausência de regulamentação na atuação dos grupos de pressão perante o parlamento*<sup>77</sup>.

É esse panorama que legitima a atuação do Tribunal Constitucional como *árbitro da sociedade*<sup>78</sup>. Aliado a superação do Estado Liberal e do Estado Social para o Estado Democrático de Direito, onde o governo da maioria dá espaço para a supremacia das normas constitucionais, o respeito aos direitos fundamentais e o controle jurisdicional do Poder Estatal, não só para a proteção da maioria, mas também, e basicamente, para os direitos da minoria<sup>79</sup>.

*A Constituição brasileira “traz em seu bojo” os mecanismos para a implantação do Welfare State*<sup>80</sup>, embora parte expressiva de seus artigos encontrem-se sem aplicação

---

<sup>75</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**.

<sup>76</sup> BARROSO, Luis Roberto. Op. Citada.

<sup>77</sup> MORAES, Alexandre de. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2013, 3 edição. p. 28

<sup>78</sup> MORAES, Alexandre de. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2013, 3 edição. p. 41.

<sup>79</sup> Ibidem.

<sup>80</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e Decisão Jurídica**. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2013. p. 43.

imediate, e justamente para que a Constituição não se torne palavras vazias a atuação do judiciário é tão importante, especialmente da jurisdição constitucional. E nesse ponto fomos brindados com diversos mecanismos de proteção, tais como ADO, MI e APF, por exemplo.

Acusar o judiciário de ativista quando adentra campos políticos é ignorar o modelo constitucional vigente. Obviamente é preciso cautela, vez que o novo modelo pode resultar em novo tipo de exercício da cidadania: A cidadania clientelista, que baterá as portas do judiciário como única forma de alcançar seus direitos constitucionalmente previstos.

Difícil é a posição do judiciário, especialmente no âmbito social, especificamente na área da saúde. Pertinente é o escólio do desembargador José Renato Nalini: “O Ativismo pode ser um fator preocupante, quando o juiz tende a fazer justiça no varejo e a produzir injustiça no atacado”<sup>81</sup>.

O fenômeno da judicialização da política é oriundo do constitucionalismo dirigente, surgido após a segunda grande guerra e da crise de representatividade. O aumento da litigiosidade é consequência. Já o ativismo é um desvio na atuação, um decisionismo jurídico.

---

<sup>81</sup> NALINI, José Renato. **Ativismo Judicial, Garantismo ou produtividade Adequada?** Bahia: Ed. JusPodvim, 2013. p 387.



#### 4. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

*“É a ditadura do Supremo!” - dizem. Uma ditadura que manda retirar as algemas, que garante aos advogados acesso a inquéritos sigilosos, que torna pública sessão que aceita denúncia contra magistrado de tribunal superior, que impede a prisão do depositário infiel, que garante a progressão de regime prisional para condenados por crimes hediondos e que permite que acusados da prática de crimes recorram em liberdade<sup>82</sup>.”*

A origem do Supremo Tribunal Federal remonta ao ano de 1751, quando foi criado, por alvará de D. Jose I, o Tribunal de Relação, no Rio de Janeiro. Em 1808, o Príncipe Regente D. João converte a Relação do Rio de Janeiro em Casa da Suplicação do Brasil. Proclamada a independência, a Constituição de 1824 institui o Supremo Tribunal de Justiça. A denominação Supremo Tribunal Federal veio com a constituição provisória de 1890 e a constituição de 1891 instituiu o controle da constitucionalidade das leis<sup>83</sup>.

Desde a sua criação, o Supremo Tribunal Federal vem sendo previsto em todas as constituições brasileiras já existentes, sempre como órgão de cúpula do Poder Judiciário. Entretanto é com a Constituição de 1988 que o STF atinge seu apogeu. Além de instância última do Poder Judiciário, passa a exercer a guarda da Constituição, como Tribunal Constitucional e, ainda, foro privilegiado para diversas autoridades.

Pertinente é o termo trazido pelo professor Oscar Vilhena Vieira: Supremocracia. Esclarece Vilhena que o termo, *primeiramente, diz respeito à autoridade recentemente adquirida pelo Supremo de governar jurisdicionalmente o Poder Judiciário no Brasil e (segundo) a expansão da autoridade em detrimento dos demais poderes<sup>84</sup>.*

Várias são as razões da ascendência do Supremo, algumas delas já destacadas no presente trabalho. É o caso da desconfiança no Parlamento, que resultou na constitucionalização dos mais variados temas. *A equação é simples: se tudo é matéria constitucional, o campo de liberdade dado ao corpo político é muito pequeno<sup>85</sup>.*

<sup>82</sup> LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou Altivez? O Outro Lado do Supremo Tribunal Federal**. Sinopse.

<sup>83</sup> Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfHistorico>>. Acesso em 12/01/15.

<sup>84</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. Revista Direito GV. São Paulo:2008. P. 445

<sup>85</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. Revista Direito GV. São Paulo:2008. P. 447

O ilustre professor Vilhena aponta mais um motivo para a Supremocracia, o fato da Constituição de 88 conferir ao STF amplos poderes de guardião constitucional:

Ao Supremo Tribunal Federal foram atribuídas funções que na maioria das democracias contemporâneas, estão divididas em pelo menos três tipos de instituições: tribunais constitucionais, foros judiciais especializados (ou simplesmente competências difusas pelo sistema judiciário) e tribunais de recursos de última instância<sup>86</sup>.

Não bastasse a qualidade de supremo como órgão institucional, importantes alterações legislativas reafirmaram o fenômeno da Supremocracia, a saber: A Lei 9.868/99 estabeleceu o processo e o procedimento das ações diretas de inconstitucionalidade e das ações declaratórias de constitucionalidade. E aqui abre-se um parêntese para a crítica de Streck, o funcionamento da jurisdição constitucional só pode (poderia) se dar por meio de emenda constitucional, *Se uma lei ordinária pode dizer aquilo que a Constituição não disse, é porque a noção de rigidez constitucional resta enfraquecida*<sup>87</sup>.

Outra importante inovação foi a Lei 9.882/99 que regulamentou o artigo 102 §1 da CRFB/88. Até então as ADPF's ajuizadas não eram conhecidas, pois a eficácia do artigo estava jungido a lei regulamentadora. Sobre a ADPF destaque-se a afirmação do ministro Gilmar Mendes: *a ADPF configura modalidade de integração entre os modelos de perfil difuso e concentrado no STF*<sup>88</sup>.

Por fim, nos interessa a emenda constitucional 45/2004, a chamada Reforma do Judiciário, especialmente no tocante as Súmulas Vinculantes, verdadeiro poder normativo do STF.

#### 4.1 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL PÓS 1988

*“Delito de interpretação inexata dos textos.”<sup>89</sup>”*

O Estado Democrático de Direito está associado a jurisdição constitucional que, por sua vez, se materializa pelo controle de constitucionalidade. O controle de constitucionalidade existe para dar supremacia e efetividade às normas constitucionais, preservar sua rigidez e proteger os direitos e garantias fundamentais.

<sup>86</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. Revista Direito GV. São Paulo:2008. P. 447

<sup>87</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e Decisão Jurídica**. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2013. p.688.

<sup>88</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e Decisão Jurídica**. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2013. p. 896.

<sup>89</sup> Frase atribuída ao ilustre Ruy Barbosa

A constituição de 88 manteve o controle misto de constitucionalidade: o Concentrado (também chamado de austríaco) e o Difuso (também chamado de americano). Regra geral o controle de constitucionalidade judicial é repressivo, ou seja, atacando o ato normativo após a promulgação da lei. A única hipótese em que vem se admitindo o controle judicial preventivo é nos casos de *Mandado de segurança impetrado por parlamentar com objetivo de impedir a tramitação de projeto de emenda constitucional lesiva as cláusulas pétreas*<sup>90</sup>.

O controle concentrado é o dito abstrato e direto, enquanto ao difuso é exercido de forma incidental e em casos concretos.

Tecer-se-á considerações acerca de ambos modelos.

#### 4.1.1 CONTROLE DIFUSO

O Modelo Difuso tem sua origem no direito estadunidense, no famoso caso *Marbury vs Madison*, no ano de 1803, cujo caso fora anteriormente abordado.

Tal controle pode ser provocado por qualquer pessoa diante de qualquer órgão jurisdicional. Previsto desde a constituição de 1891, o controle é feito de forma incidental em qualquer ação, cabendo, inclusive, o controle em Habeas corpus, Mandado de Segurança, Ação popular e Ação Civil Pública entre outros.

Importante frisar que a inconstitucionalidade aparece como fundamento do pedido e não como a causa de pedir, está última sendo objeto das ações do controle concentrado.

De início torna-se imperioso esclarecer que o juiz singular não exerce, via de regra, o controle difuso, por força da regra do artigo 97 da CRFB/88, que consagra o princípio da reserva de plenário (Full Bench). Neste sentido é a lição do professor Streck:

De pronto é necessário deixar claro que qualquer ato judicial é ato de jurisdição constitucional (...) É dever do magistrado examinar, antes de qualquer outra coisa, a compatibilidade do texto normativo infraconstitucional com a Constituição. Nesse sentido, há uma diferença entre o controle difuso exercido pelo juiz singular e o controle exercido

---

<sup>90</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 8. Ed. Revista e Atualizada. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013, p. 1008.

pelos tribunais. Ao contrário dos tribunais o juiz não declara a inconstitucionalidade do texto normativo, deixa de aplicá-lo<sup>91</sup>.

O professor explica que há diferença entre “declarar” e “deixar de aplicar”. Não se trata da mesma coisa, uma vez que a declaração de inconstitucionalidade está reservada ao *full bench*. Sendo o controle difuso apenas o caminho<sup>92</sup>.

A decisão em controle difuso tem efeitos entre as partes, *ex tunc* e para aquele caso concreto. Entretanto, o Senado Federal poderá estender esse efeito para toda a sociedade, conforme artigo 52, X da CRFB/88.

O regimento interno do STF prevê, nos casos em que a Corte declara a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo incidentalmente, a comunicação ao Senado Federal para que, caso assim entenda, amplie os efeitos *erga omnes* por meio da resolução. O Senado não está vinculado à decisão do Supremo, tão pouco há prazo para que edite a resolução.

#### 4.1.1.1 Expansão dos Efeitos da decisão em Controle Difuso

Importante discussão foi travada no STF quando do julgamento da Reclamação 4.335/ Ac<sup>93</sup>. O Ministro Gilmar Mendes, relator da reclamação, defendeu em seu voto a mutação constitucional do artigo 52, X, da Magna Carta. Dentre as razões expostas assevera que, após a constituição de 88, houve a ampliação no tocante ao controle abstrato de normas, inclusive podendo suspender liminarmente a eficácia das leis e até mesmo de uma emenda constitucional. Alegando que a permanência de tal dispositivo manteve-se *em razão de indole exclusivamente histórica*<sup>94</sup>.

Ao afirmar que a eficácia ampliada da decisão está ligada ao papel especial da jurisdição constitucional, o ministro Gilmar propõe uma releitura do artigo 52, X, falando

<sup>91</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e Decisão Jurídica**. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2013. p.529

<sup>92</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e Decisão Jurídica**. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2013. p.527

<sup>93</sup> A reclamação foi ajuizada na corte contra decisão do juiz de Direito da Vara de Execuções Penais que indeferiu o pedido de progressão de regime, alegando que os condenados cumpriam as penas em regime integralmente fechado, por condenação em prática de crime hediondo. O douto juiz tinha ciência da decisão, em sede de controle difuso, HC 82.959, da decisão do Supremo em considerar inconstitucional o artigo 2º, § 1º, da Lei de Crimes Hediondos. Entretanto, não se via vinculado à decisão, pois os efeitos da decisão, como se sabe, é entre as partes.

<sup>94</sup> Reclamação 4.335/AC. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>>p. 27

em uma autêntica mutação constitucional, sob argumentos de que o controle abstrato com decisões *erga omnes* passou a ter mais ênfase no modelo constitucional vigente.

O julgamento teve início em 2007, sendo concluído em 2014. Nesse intervalo o Supremo editou súmula vinculante fazendo prevalecer seu entendimento. Em 2014 tivemos o voto primoroso do Ministro Teori Zavascki:

(...) Não se pode deixar de ter presente, como cenário de fundo indispensável à discussão aqui travada, a evolução do direito brasileiro em direção a um sistema de valorização dos precedentes emanados dos tribunais superiores (...) vem se aproximando, paulatinamente, do que se poderia denominar de cultura do *stare decisis*<sup>95</sup>.

O ministro descreve didaticamente a extensa caminhada percorrida pelo direito brasileiro em busca da valorização dos precedentes, destacando que o fenômeno da transcendência dos efeitos da decisão também ocorrem no mandado de injunção:

(...) As sentenças que dele emanam têm a função de preencher, ainda que provisoriamente, a omissão do legislador, razão pela qual se revestem naturalmente de características reguladoras e perspectivas semelhantes às dos preceitos normativos. (...) É, pois, da essência do mandado de injunção a edição de provimentos jurisdicionais com força material e subjetiva de caráter expansivo<sup>96</sup>.

Segue destacando que a falta de uma cultura de valorização dos precedentes originou-se na fórmula adotada pelo Senado Federal. Porém com importantes modificações trazidas pela EC 45/2004, significativas alterações acabaram por contribuir para a força expansiva das decisões do STF, em casos concretos, tais como: as súmulas vinculantes e o requisito da repercussão geral. Especificamente quanto à atuação do senado, o ministro Zavascki ressalta que, quando o dispositivo foi introduzido, em 1934, tinha ele um sentido

---

<sup>95</sup> Reclamação 4.335/AC. Disponível em:

{<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>} p. 150 e 151.

<sup>96</sup> Reclamação 4.335/AC. Disponível em:

{<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>} P. 155

que hoje já não tem mais, sendo esta a única forma de se dar eficácia ultra partes às decisões do Supremo<sup>97</sup>.

O ministro Zavascki conheceu da reclamação por haver a súmula vinculante. O assunto não foi encerrado, e a longa discussão travada entre os ministros hão de servir para o amadurecimento do tema. Não restam dúvidas que a abstração no controle difuso é possível em determinados casos, devendo seus limites serem definidos futuramente.

Por fim, encerra-se o capítulo transcrevendo um trecho do voto do ministro Barroso, extremamente pertinente quando o assunto é ativismo.

Porém, penso não ser possível interpretar um Texto Constitucional, como nenhum texto, contra a sua literalidade, contra as possibilidades semânticas que ele oferece, porque, se assim fosse, nós nos tornaríamos donos da razão e donos da verdade em todo e qualquer caso, e o constituinte seria irrelevante<sup>98</sup>.

#### 4.1.2 MODELO CONCENTRADO

*“Admite-se que o prejudicado chore antes de sentir dor.”<sup>99</sup>”*

O Controle Concentrado é novo em nosso ordenamento. Surgiu em 1965, com a adoção da representação de inconstitucionalidade<sup>100</sup>. Até então, vigorava apenas o controle difuso, *mantínhamos nos fieis à matriz norte-americana, de controle eminentemente jurisdicional e difuso (judicial review)*<sup>101</sup>.

O único legitimado a propor a representação era o Procurador Geral da República e, apenas em 1977 foi outorgado ao Supremo Tribunal Federal a competência para julgar a representação, tendo como objeto lei ou ato normativo federal/estadual.

<sup>97</sup> Reclamação 4.335/AC. Disponível em:

{<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101> } p. 175

<sup>98</sup> Reclamação 4.335/AC. Disponível em:

{<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101> } p.186

<sup>99</sup> Benjamin Cardozo, apud MENDES, Gilmar Ferreira, **Curso de Direito Constitucional**. 8. Ed. Revista e Atualizada. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013, p.1065.

<sup>100</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 8. Ed. Revista e Atualizada. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013, p. 1063.

<sup>101</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e Decisão Jurídica**. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2013. p.688.

Dando prioridade ao controle difuso, pouca coisa alterou com introdução do controle concentrado, o monopólio do PGR e a ênfase doutrinária e jurisprudencial do sistema concreto em nada contribuíram para um possível crescimento do controle abstrato.

Este cenário muda drasticamente com a Constituição de 1988. O Rol de legitimados a questionar a norma diretamente aumenta consideravelmente, uma vez que nos termos do artigo 103 da CRFB/88 podem propor a ação de inconstitucionalidade o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Partido Político com Representação no Congresso Nacional e Confederação Sindical ou Entidade de Classe de âmbito Nacional.

A extensa lista nos leva a crer que o constituinte adota como prioridade o controle concentrado, abstrato. Desse modo as ações são propostas diretamente para o exame da constitucionalidade da norma. A competência para julgamento restringe-se a apenas um órgão. Quando a norma impugnada for confrontada com a Constituição Federal, caberá ao Supremo Tribunal Federal, ao passo que, quando a norma tiver como parâmetro a Constituição Estadual, deverá o Tribunal de Justiça do respectivo estado julgar.

Paralelamente, restringe, o constituinte, o controle de constitucionalidade pelo meio difuso:

A ampla legitimação, a presteza e a celeridade processual do modelo abstrato, dotado inclusive da possibilidade de suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado, mediante pedido cautelar, fazem com que as grandes questões constitucionais sejam solvidas, na sua maioria, mediante a utilização da ação direta, típico instrumento do controle concentrado<sup>102</sup>.

O Controle é abstrato pois enfoca a norma como está prevista (em tese), e não em um caso concreto. Principal, uma vez que o controle de constitucionalidade está na causa e não como questão prejudicial. É direto, posto que o que se pretende é o exame da norma. Por fim concentrado, visto que apenas um órgão jurisdicional o exerce<sup>103</sup>.

Ao que toca a capacidade postulatória dos legitimados o STF já decidiu que à exceção dos Partidos Políticos, das Confederações sindicais e das entidades de classe, todos

---

<sup>102</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 8. Ed. Revista e Atualizada. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013, p. 1110.

<sup>103</sup> MARTINS, Flavia Bahia. **Direito Constitucional**. 2.ed. Revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Ed. Impetus, p. 518.

os demais possuem capacidade postulatória plena, isto é, não necessitam de estarem representados por advogado.

Quanto aos governadores, as confederações sindicais e as entidades de classe, a jurisprudência do STF é firme em exigir a pertinência temática, deste modo o objeto da ação de inconstitucionalidade deverá guardar relação com a atividade da confederação ou da entidade. De igual forma, o ato normativo impugnado pelo governador há de ser identificado com pertinente interesse ao estado que este representa.

Concernente a representação dos partidos políticos anote-se que está será auferida no momento da propositura da ação. Por conseguinte, a perda da representatividade superveniente, não prejudica o prosseguimento da ação. *Tem-se aqui, pois, uma amplíssima compreensão da chamada defesa da minoria no âmbito da jurisdição constitucional.*<sup>104</sup>

As ações do Controle Concentrado, ADI, ADO, ADC e ADPF, vem reguladas pelas Leis 9.868/99 e 9.882/99, podendo destacar como principais características para o julgamento das referidas ações: a impossibilidade de desistência do pedido; impossibilidade de litisconsórcio e intervenção de terceiros, com ressalva para o amicus curiae que atuará como colaborador; não há dilação probatória; da decisão final não cabe recurso, a exceção dos embargos de declaração e reclamação; não cabe rescisória; e para a declaração de inconstitucionalidade deverá ser observado o quórum mínimo de presentes, oito ministros, e a decisão deverá ser tomada pela maioria absoluta dos membros, seis ministros<sup>105</sup>.

## 4.2 EMENDA CONSTITUCIONAL 45 E AS SÚMULAS VINCULANTES

*“Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei ou de súmula vinculante.”<sup>106</sup>*

---

<sup>104</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 8. Ed. Revista e Atualizada. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013, p. 1117.

<sup>105</sup> MARTINS, Flavia Bahia. **Direito Constitucional**. 2.ed. Revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Ed. Impetus, p. 528.

<sup>106</sup> Aymoré Roque Poltes de Melo apud Daniel Mesquita dos Santos, **Os pros e contras das súmulas vinculantes no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: < <http://www.arcos.org.br/artigos/os-pros-e-contras-das-sumulas-vinculantes-no-ordenamento-juridico-brasileiro/>>. Acesso em 06/02/15.



As súmulas vinculantes foram introduzidas pela emenda constitucional 45, em 2004. A Reforma do Judiciário, como ficou conhecida, trouxe inúmeras alterações à Constituição, a que nos interessa está disposta no artigo 103-A<sup>107</sup> do texto magno.

Como já mencionado, o direito brasileiro sempre careceu de vinculação e respeito aos precedentes jurisdicionais, trazendo grande insegurança jurídica. A multiplicação de controvérsias envolvendo questões idênticas, com diferentes decisões, resultou no instituto. As súmulas vinculantes, procuram assim, uniformizar as decisões de uma ponta a outra.

De imediato, vale consignar, que a súmula vinculante deverá refletir a jurisprudência do Tribunal. Neste instante abre-se um parêntese para ressaltar que, jurisprudência são diversos julgados no mesmo sentido, com a mesma interpretação. Diferentemente de precedente, que origina-se de um julgamento concreto, mas que traz em seu bojo um novo paradigma.

Anote-se que além da jurisprudência consolidada, a matéria deverá versar sobre questão constitucional, ser atual e capaz de gerar conflitos entre os órgãos do Poder Judiciário sobre a validade, a interpretação e a eficácia da norma. O professor Elival explica que as SV estão condicionadas a pressupostos formais (atuação de ofício ou por provocação dos legitimados e voto favorável de dois terços dos membros do tribunal) e materiais (reiteração de decisões sobre matéria constitucional e existência de controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre estes e órgãos da Administração Pública<sup>108</sup>).

A edição da súmula vinculante terá eficácia erga omnes e vinculará todo o Poder Judiciário e a Administração Pública, cabendo Reclamação, direto ao Supremo, do ato

---

<sup>107</sup> Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

<sup>108</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial, Parâmetros dogmáticos**. São Paulo: 1ª edição, 3ª tiragem, 2013. p. 295.

judicial ou administrativo que contrarie a súmula. Dando força expansiva às decisões do Supremo, as súmulas vinculantes traduzem verdadeiro poder normativo<sup>109</sup>, e servem de argumento de peso contra os que defendem a mutação constitucional do artigo 52, X da CRFB/88.

Por óbvio que o instituto recebeu diversas críticas, das quais podemos destacar que as Súmulas Vinculantes atentam contra a livre convicção dos magistrados, em clara violência ao princípio da independência da magistratura, engessam a jurisprudência e violam a separação de poderes, pois estaria o judiciário legislando ao estabelecer a correta interpretação de determinada norma.

Aos que a defendem, rechaçam tais argumentos sob o manto da uniformização da jurisprudência, o combate às demandas múltiplas, possibilitando o jurisdicionado saber qual decisão o Poder Judiciário proferirá, e como *plus* da economia e celeridade processual, evitando assim, que o processo se arraste por décadas, para ao final, em sede de Recurso Extraordinário, o entendimento do tribunal prevaleça.

O direito brasileiro sempre careceu de respeito a jurisprudência dos tribunais superiores. Decisionismos põem em risco a tutela que se pretende. Ora, se já há decisão firme em determinado sentido, porque não aplicá-la de imediato?

O modelo clássico de Tripartição de Poderes, de Montesquieu, vem sofrendo adaptações ao longo dos anos. É preciso se adequar ao tipo de modelo de Estado da atualidade, Estado Constitucional, em que, em determinados casos, o legislativo julga, como é o caso do artigo 52, incisos I e II da CRFB<sup>110</sup> e, por sua vez, o judiciário “legisla” dando força aos seus precedentes, que de uma forma ou de outra prevalecerão ao final, seja em sede de Recurso Extraordinário ou em Controle de Constitucionalidade.

Maior sorte não tem o argumento do engessamento do direito e da jurisprudência, visto que, o constituinte derivado consignou meios adequados para o cancelamento das

---

<sup>109</sup> Neste sentido: “a Súmula vinculante apresenta-se antes como um ato de criação de normas do que de aplicação normativa.” RAMOS, Elival da Silva. *Ibidem*. P. 297

<sup>110</sup> **Art. 52.** Compete privativamente ao Senado Federal:

**I - processar e julgar** o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles; **II processar e julgar** os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade;

súmulas vinculantes. Sendo assim, quando houver mudanças sociais que exijam um novo entendimento, as súmulas poderão ser canceladas ou revisadas. Destaque-se ao rol de legitimados<sup>111</sup> para propor o cancelamento ou a revisão que é extenso, permitindo a oxigenação necessária ao direito de modo a acompanhar as alterações da sociedade.

---

<sup>111</sup> Artigo 3º da Lei 11.417 /06:

Art. 3º São legitimados a propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante:

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - o Procurador-Geral da República;

V - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VI - o Defensor Público-Geral da União;

VII - partido político com representação no Congresso Nacional;

VIII - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional;

IX - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

X - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

XI - os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares.

## 5 ANALISE DE CASOS CONCRETOS

Após analisar a evolução do direito constitucional e suas principais teorias, comparar o exercício da jurisdição constitucional nos modelos difusos e concentrados, pretende-se discorrer sobre a realidade do judiciário brasileiro, tendo como limite três casos propostos.

A ideia é a partir de cada caso específico avaliar a conduta do Supremo, concluindo pela existência ou não de ativismo.

Inicialmente analisar-se-á a Súmula das Algemas, que recebeu inúmeras críticas no sentido de que não estaria configurada a existência de uma sólida base jurisprudencial, bem como os limites de atuação excedidos com as regras procedimentais adotadas.

Na sequência abordaremos a Súmula do Nepotismo, igualmente criticada, tendo em vista que até o grau de parentesco foi delimitado pelo Supremo.

Por último falaremos na ADI Homo afetiva. Caso envolvido por uma grande carga de emoções, imbricado nos direitos individuais tão caros a nossa democracia. Paralelamente, um tema político, que os políticos não quiseram enfrentar.

### 5.1 SÚMULA DAS ALGEMAS

A súmula vinculante nº. 11 tem o seguinte teor:

Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do estado.

O texto sumular foi proposto em decorrência da sessão de julgamento do HC 91952/SP. O *writ* impetrado tinha como objeto a anulação de um julgamento efetuado pelo júri popular. Como réu, um pedreiro acusado de homicídio, que permaneceu algemado durante o julgamento.

Certo é a conclusão de indução dos jurados, diante da presença do réu algemado. Premissa maior são os dispositivos constitucionais contrários a essa prática, dentre os quais foram citados: o fundamento da república - Dignidade da pessoa humana (art. 1, III); que ninguém será submetido a tratamento desumano ou degradante (art. 5, III); o respeito à integridade física e moral do preso (art. 5, XLIX).

Na legislação infraconstitucional, especificamente no Código de Processo Penal, encontramos que: Não será permitido o emprego de força, salvo a indispensável no caso de resistência ou de tentativa de fuga do preso (art. 284); se houver resistência a prisão em flagrante ou a determinada por autoridade, poderá usar de meios necessários para defender-se ou vencer a resistência (art. 292); não se permitirá o uso de algemas no acusado durante o período em que permanecer no plenário do júri, salvo se absolutamente necessário à ordem (art. 474 § 3).

Cristalinas são as normas que impedem o excesso pelas autoridades. A súmula das algemas, assim a primeira vista, parece tão inocente! Porque houveram tantas críticas?

A enunciado até ganhou um apelido: Súmula Cacciola-Dantas. Coincidência ou não, o tribunal debruçou sobre o tema, um mês após a prisão dos dois banqueiros, em julho de 2008. Especialmente no caso da prisão de Daniel Dantas ouve um estardalhaço midiático. O banqueiro foi exposto, algemado, sob os flashes da mídia. Ora, em um país, que via de regra, só vai preso o pobre, ver um banqueiro algemado dá muito ibope, é sensacionalismo puro, é novela da vida real.

A casuística sumular gerou inconformismos.

Mas é preciso lembrar que os direitos humanos devem se aplicar a todos. A inocentes e a culpados. A ricos e pobres. A violação a tão nobre princípio não pode ser atenuada pela sede ao combate da impunidade.

O debate que se travou na ocasião da aprovação da SV nº. 11 é de que o uso das *algemas deve ser sempre excepcional, sendo o último recurso diante da possibilidade real de fuga e da periculosidade do agente*<sup>112</sup>. O ministro Carlos Britto ressaltou o tratamento degradante dizendo que *o mesmo se dá quando o ser humano, ainda que preso em*

---

<sup>112</sup> Ministro Marco Aurélio, debates que integram a ata da 20 sessão ordinária, do plenário, realizada em 13/08/08, p. 13. 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)>

*flagrante de delito, é exibido ao público como se fosse um troféu, uma caça, numa atmosfera de exibicionismo policial.*<sup>113</sup>

O decorrer do debate deixa claro que o assunto transcendeu ao caso do pobre pedreiro e, possivelmente, tenha tido seu *start* com a prisão inédita dos acusados de crimes do colarinho branco. Bem certo é que algumas medidas apenas são tomadas quando atingem determinada camada social. Pelo bem ou pelo mal, a súmula das algemas tem razão de ser. Pode até prosperar o argumento da falta de jurisprudência consolidada sobre o assunto. Porém, o tema é incontroverso!

É fundamento da nossa república o respeito a dignidade da pessoa humana. Ninguém, absolutamente ninguém deve ser exposto como troféu. Ainda mais considerando a presunção de inocência, constitucionalmente prevista.

Destarte, o entendimento sumular é pertinente e está em sintonia com nosso texto constitucional e com a legislação infraconstitucional. Quiçá, possamos um dia dar efetividade plena aos direitos e garantias individuais, independentemente da classe social.

Ao argumento do procedimentalismo adotado, fica evidente nos debates travados a preocupação com o respeito e obediência a súmula vinculante. O Supremo esclarece que a utilização das algemas é ato vinculado, não cabendo a discricionariedade do condutor coator. Seu uso somente será permitido devidamente justificado. Ao estabelecer as consequências jurídicas da inobservância da súmula, o tribunal reforça seu caráter vinculativo.

Não obstante, o tribunal orienta que a interpretação deva ser feita sempre em favor do agente e da autoridade do Estado, uma vez que o ato de prender ou de conduzir um preso é sempre um ato perigoso. O que se buscou foi evitar os excessos.

O que se conclui é que embora possa transparecer que a súmula tenha decorrido da exposição de pessoas influentes, seu enunciado mostra-se concatenado com a Constituição. Nesse sentido podemos citar o professor Lenio Streck:

Numa palavra: não teremos jamais um método seguro para a aplicação da SV 11 (e, portanto das algemas). Mas teremos, sim, *um maior respeito aos direitos fundamentais*. E quanto mais faticidade, mais estaremos “apertando” o sentido do que seja “uma aplicação das algemas de forma excepcional” e “a preservação dos direitos fundamentais” a partir da *principiologia constitucional*.<sup>114</sup>

---

<sup>113</sup> Ministro Carlos Britto. 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)}, p. 14

<sup>114</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e Decisão Jurídica**. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2013. p.679.

## 5.2 SÚMULA DO NEPOTISMO

A súmula de número 13 teve sua origem no julgamento da ADC, de número 12. A ação em questão pedia o reconhecimento da legitimidade da resolução 7/2005 que proíbe o nepotismo dentro do Poder Judiciário. Também se baseou no recurso extraordinário 579.951/RN. A proposta da súmula foi levada ao pleno pelo relator do RExt ministro Ricardo Lewandowski. O enunciado sumular tem o seguinte teor:

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, compreendendo o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

O termo nepotismo não se encontra em nenhum artigo do texto constitucional, mas, implicitamente, assim entendeu o Supremo, no caput do artigo 37 da CRFB.

O dicionário Michaelis assim conceitua: (*nepote+ismo*) – 1. Excessiva influencia que os sobrinhos e outros parentes dos papas exerceram na administração eclesiástica. 2. Favoritismo de certos governantes aos seus parentes e familiares, facilitando-lhes a ascensão social, independentemente de suas aptidões<sup>115</sup>.

Desse modo, nepotismo está associado a favorecimentos pessoais, atingindo diretamente o princípio da moralidade administrativa, igualmente a impessoalidade, eficiência e isonomia.

É preciso consignar que nepotismo pode ser imoral ou moral. Será moral quando tratar-se de nomeação de pessoa com habilidade e vocação necessárias ao bom desempenho da função. Os cargos de confiança são caracterizados por nomeações de pessoas próximas, seja por laços de afinidades, seja por laços consanguíneos. Portanto, as nomeações realizadas por agentes políticos, tais como ministros, prefeitos, governadores, não são alcançados pela vedação sumular.

---

<sup>115</sup> MICHAELIS: moderno dicionário da língua portuguesa. São Paulo: Melhoramentos. 1 edição, 11 impressão, setembro de 2005. P. 1450.

De outro modo há o nepotismo imoral, aquele em que se caracteriza pelo interesse particular em detrimento do interesse público. Não só imoral, como verdadeiro mecanismo de estratificação social, consignando verdadeiro abuso da autoridade nomeante.

Certo é que o combate ao nepotismo encontra intenso clamor popular. Todavia a edição da súmula vinculante parece ter sido feita a toque de caixa, não atendendo aos pressupostos constitucionais de controvérsia a respeito da validade, interpretação e eficácia da norma jurídica.

A decisão em ADC já vinculava, *erga omnes*, todo o Poder Judiciário. Cabendo ao Poder Legislativo a decisão de editar norma, ou não, vedando o nepotismo nas demais esferas. A política de que “os fins justificam os meios” pode ser por demais perigosa. Não é tarefa do judiciário editar norma do que venha a ser contrário a moralidade administrativa. Por mais que o assunto seja relevante socialmente, e um desejo latente por proibidade, a tarefa normativa não cabe ao STF.

Ademais, como já mencionado, o assunto não se encontrava em controvérsias judiciais. A propositura da ADC, pela AMB, foi no sentido de consolidar o entendimento da Constitucionalidade da resolução, e não pacificar uma inexistente controvérsia.

Por fim, registra-se que o grau de parentesco adotado foi o mesmo já utilizado na resolução do CNJ, não tendo o STF criado critério, o tribunal expandiu a norma para fora do Poder Judiciário. Vale citar o comentário do ministro Menezes Direito, no tocante ao grau de parentesco: “Tenho a impressão de que nós não podemos descer a tanto detalhe, não podemos regular.”<sup>116</sup>

E não é ministro, que tenho a mesma impressão!

### 5.3 ADI HOMOAFETIVA

As uniões homo afetivas foram tratadas inicialmente em ADPF, nº. 132-RJ, proposta pelo governador do Estado do Rio de Janeiro, vez que a interpretação dada ao Estatuto dos Servidores Civis do Estado era restritiva no tocante aos direitos homoafetivos, em clara violação aos preceitos fundamentais da igualdade, da segurança jurídica, da

---

<sup>116</sup> Ministro Menezes Direito, debates que integram a ata da 21 sessão ordinária, do plenário, realizada em 20/08/08. 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), p.20



liberdade e da dignidade da pessoa humana. Ponderando que: A homossexualidade constitui “*fato da vida (...) que não viola qualquer norma jurídica, nem é capaz, por si só, de afetar a vida de terceiros*”.<sup>117</sup> A fundamentação da causa de pedir foi assim sintetizada pelo ministro Ayres Britto, relator:

- I – Princípio da igualdade: o legislador e o interprete não podem conferir tratamento diferenciado a pessoas e a situações substancialmente iguais, sendo-lhes constitucionalmente vedadas quaisquer diferenciações baseadas na origem, no gênero e na cor da pele (inciso IV do art.3);
- II – Princípio da liberdade: a autonomia privada em sua dimensão existencial manifesta-se na possibilidade de orientar-se sexualmente em todos os desdobramentos decorrentes de tal orientação;
- III – Princípio da Dignidade da Pessoa Humana: todos os projetos pessoais e coletivos de vida, quando razoáveis, são merecedores de respeito, consideração e reconhecimento;
- IV – Princípio da Segurança Jurídica: a atual incerteza quanto ao reconhecimento da união homoafetiva e suas consequências jurídicas acarreta insegurança jurídica tanto para os partícipes da relação homoafetiva, quanto para a própria sociedade;
- V – Princípio da Razoabilidade ou da proporcionalidade: a imposição de restrições é de ser justificada pela promoção de outros bens jurídicos da mesma hierarquia. Caso contrário, estar-se-ia diante de um mero preconceito ou de um autoritarismo moral.<sup>118</sup>

Posteriormente foi distribuído ao ministro Britto a ADI 4.277, pela regra da prevenção e do julgamento simultâneo de processos coincidentes. A ação de controle concentrado foi proposta pelo PGR, tendo como objeto o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, como entidade familiar, desde que atendidos os requisitos exigidos para os heterossexuais<sup>119</sup>.

O Ministro Relator conheceu da ADPF 132 e a converteu em ADI, de modo que o julgamento se desse em par com a ADI 4.227, tendo, ambas, como objeto dar interpretação conforme a constituição ao artigo 1.723 do Código Civil Brasileiro.

A ADI foi conhecida e por unanimidade deram interpretação extensiva ao artigo 1723 do CC de modo abarcar as uniões entre pessoas do mesmo sexo. Vários foram os argumentos, dentre eles que o sexo das pessoas não pode servir como fator de desigualdade, salvo nos casos expressamente previstos no texto constitucional, é isso que

<sup>117</sup> ADI 4.277, Disponível em:

{<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>} p. 3

<sup>118</sup> ADI 4.277, Disponível em:

{<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>} p. 4

<sup>119</sup> Artigo 1.723 do CC: 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.

dispõe expressamente o inciso IV do artigo 3º da CRFB/88<sup>120</sup>. A liberdade de dispor da própria sexualidade insere-se no rol de direitos fundamentais, sendo por conseguinte cláusula pétrea. *A preferencia sexual se põe como direta emanção do principio da dignidade da pessoa humana*<sup>121</sup>. Ademais a união homoafetiva merece proteção estatal, como entidade familiar, conforme dispõe o artigo 226, caput, da CRFB, pois não há vedação constitucional. *Nesse diapasão, a distinção entre as uniões heterossexuais e as uniões homossexuais não resiste ao teste da isonomia (...) inexistindo razão suficiente para o tratamento jurídico diferenciado, impõe-se o tratamento idêntico*<sup>122</sup>.

O tribunal ponderou sobre as inúmeras leis estaduais que reconhecem os direitos previdenciários dos parceiros homossexuais. No mesmo sentido a portaria MPS nº. 513, que em seu artigo 1º enunciava sobre a interpretação extensiva de forma a abranger a união estável entre pessoas do mesmo sexo. O reconhecimento *erga omnes*, em interpretação conforme, traria certeza e previsibilidade, corolário da segurança jurídica.

Merece destaque a intervenção feita pelo ministro Gilmar Mendes durante o julgamento, quando registra que o texto da lei civil reproduz o que consta no texto constitucional. O ministro Lewandowski consigna em seu voto, que os debates realizados na Assembleia Constituinte, resultaram de modo expresso que a união estável e sua possível convalidação em casamento se daria apenas entre homem e mulher<sup>123</sup>. Concluindo que as relações homoafetivas seriam uma nova entidade familiar não prevista no rol do artigo 226 da CRFB.

Assim, nessa linha, o Ministro Barbosa sustenta que o fundamento constitucional para o reconhecimento das uniões homoafetivas não se encontra no artigo 226, § 3º da constituição mas, em todos os outros dispositivos espalhados pelo texto magno que estabelecem proteção dos direitos fundamentais, no principio da dignidade da pessoa humana, no principio da igualdade e da não discriminação.

Em seu precioso voto, o professor Gilmar volta à questão da interpretação conforme, pois ela, esclarece Mendes, encontra limites, sendo apenas admissível quando

---

<sup>120</sup> IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

<sup>121</sup> ADI 4.277, Disponível em:

{<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>} p. 14.

<sup>122</sup> ADI 4.227, Disponível em:

{<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>} p. 62.

<sup>123</sup> ADI 4.227, Disponível em:

{<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>} p. 103

não configurar violência contra a expressão literal do texto<sup>124</sup>. Prosseguindo: *a prática demonstra que o Tribunal não confere maior significado à chamada intenção do legislador*<sup>125</sup>.

Mendes mostra-se preocupado com os limites que tais decisões devem respeitar, especialmente nos casos em que a decisão interpretativa modifica os sentidos originais postos pelo legislador, atuando como verdadeiro legislador positivo. Ao citar diversas jurisprudências do Supremo, conclui:

Portanto, é certo que o Supremo Tribunal Federal já está se livrando do vestuto dogma do legislador negativo, aliando-se, assim, à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotada pelas principais Cortes Constitucionais do mundo. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal pode ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional.<sup>126</sup>

Atento as consequências da decisão manipulativa aditiva, o ministro Gilmar justifica como único argumento possível a aplicação da técnica de interpretação conforme à Constituição, sendo aquela que a previsão normativa de união estável entre homem e mulher vem sendo utilizada como óbice ao reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, *como uma proibição decorrente daquele dispositivo*<sup>127</sup>. Vendo a possibilidade de reconhecer a união homoafetiva, não com base no texto legal (art. 1723 do CC), nem na norma constitucional (art. 226 §3º), mas com suporte em outros princípios constitucionais.

Nessa toada, enfatiza o *reconhecimento do direito de minorias, de direitos fundamentais básicos. E, nesse ponto, não se trata de ativismo judicial, mas de cumprimento da própria essência da jurisdição constitucional*<sup>128</sup>. Por fim, o ministro limita-se a reconhecer a existência da união entre pessoas do mesmo sexo, por fundamentos jurídicos próprios e distintos do relator. Destaca que a decisão não significa óbice à atuação do legislador, ao contrário, pois há diversas situações jurídicas decorrentes da união que devem ser disciplinadas. O ministro defende a atuação do STF, afirmando ser dever da Corte Constitucional e da jurisdição constitucional dar proteção aos direitos fundamentais.

<sup>124</sup> ADI 4.277, Disponível em:

{<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>} p. 144.

<sup>125</sup> Ibidem.

<sup>126</sup> ADI 4.277, Disponível em:

{<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>} p. 150.

<sup>127</sup> ADI 4.277, Disponível em:

{<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>} p. 156.

<sup>128</sup> ADI 4.277, Disponível em:

{<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>} p.168.

O que se percebe é um claro incomodo na aplicação da técnica. Incomodo este que parece não ter tocado aos demais ministros. Com a desculpa que o Tribunal está a dar uma resposta de caráter positivo, o reconhecimento da união homoafetiva deu-se por unanimidade.

O ministro Gilmar destacou a preocupação com a decisão aditiva, antevendo que o judiciário está adentrando numa seara a qual não foi chamado. A prova disso é que o reconhecimento das uniões homoafetivas deram, na sequencia, autorização para o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Mas não foi isso que foi decidido pelo Supremo!

O Conselho Nacional de Justiça editou resolução de que deveriam ser facilitadas a conversão dessas uniões em casamento, assim como caberia o casamento civil entre homoafetivos. Assim, a jurisdição constitucional inovou o ordenamento jurídico, desempenhou um papel legiferante, contribuiu para o enfraquecimento do legislativo e fortalecimento da cidadania clientelista do judiciário.

O próprio ministro Gilmar destaca em seu voto, as reflexões feitas pelo professor Streck:

As sentenças interpretativas só podem ser corretamente compreendidas através da diferença que existe entre *texto e norma*. A interpretação conforme a Constituição não modifica o texto da norma, mas produz uma norma a partir da parametricidade constitucional. Esse é o *limite do sentido e o sentido do limite*. Ou seja, somente a partir dela – da parametricidade constitucional – e não a partir de analogias ou outras formas de extensão de sentido, é que se pode fazer a referida atribuição de sentido. E, outra coisa: a diferença entre texto e norma não quer dizer que seja permitida a atribuição de qualquer norma ao texto. E muito se pode admitir que, a pretexto da aplicação da máxima hermenêutica “texto e norma”, a PGR venha a pretender substituir o próprio texto da Constituição – pela via indireta da interpretação conforme dada ao Código Civil – por um outro (...) Que tipo de democracia queremos? Não se trata de ser contra ou a favor da proteção dos direitos pessoais e patrimoniais dos homossexuais (...) O risco que exsurge desse tipo de ação é que uma intervenção desta monta do Poder Judiciário no seio da sociedade produz *graves efeitos colaterais*. Quer dizer: há problemas que simplesmente não podem ser resolvidos pela via de uma ideia errônea d ativismo judicial. O judiciário não pode substituir o legislador (...) Ora, é necessário ter coragem para dizer algumas coisas, mesmo que possam parecer “antipáticas” aos olhos da comunidade jurídica. A resolução das querelas relativas às uniões homo afetivas deve ser feita – enquanto não for emendada a Constituição ou elaborada lei ordinária – no âmbito do direito das obrigações, e não a partir do direito sucessório ou do direito de família. *Há limites hermenêuticos para que o judiciário se transforme em legislador* (...) um dos argumentos utilizados é o de que o Judiciário deve assegurar a união estável de casais homossexuais porque o Legislativo não pretende, a curto prazo, por não dispor de “condições políticas” para tal, elaborar legislação a respeito. Mas, convenhamos, é exatamente esse argumento que se contrapõe à própria tese: em uma democracia

representativa, cabe ao Legislativo elaborar as leis (...) a Constituição reconhece a união estável entre homem, mas isso não significa que, por não proibir que essa união estável possa ser feita entre pessoas do mesmo sexo, a própria constituição possa ser “colmatada”, com um argumento Kelseniano do tipo “o que não é proibido é permitido” (...) o princípio da dignidade da pessoa humana não pode ser panaceia para todos os males, mormente “omissões” (sic) do constituinte: o direito possui um mínimo de objetividade, que é o texto.<sup>129</sup>

Parece coerente a saída encontrada pelo ministro Mendes, não obstante não tenha sido ela o fundamento adotado. O argumento para a interpretação conforme adotado pelo relator fere o próprio limite constitucional, pois como salientado por Mendes, o artigo do código civil é reprodução literal do texto constitucional, não podendo se falar em mutação constitucional ou nova interpretação contra a letra da lei.

O argumento utilizado pelo ministro Lewandowski de que se trata de nova entidade familiar não prevista no rol do artigo 226, parece por demais ativista. Não se pode compreender que uma interpretação conforme sirva para colmatar lacunas deixadas pelo legislador, destarte quando de um tema polêmico e político.

Sim, atenua o caráter ativista da decisão o fundamento de defesa aos direitos das minorias, principalmente ao que toca os direitos fundamentais. Ao colocar os olhos na constituição é inegável que os homoafetivos merecem proteção ao seu direito de escolha, mas há um limite que não pode ser ultrapassado, e foi. Não cabendo ao judiciário legislar sobre o tema, imperioso registrar que o constituinte originário fez sua opção, gozando está de presunção absoluta de constitucionalidade.

---

<sup>129</sup> ADI 4.277, Disponível em:  
{<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>} p 152 a 154.

## 6. CONCLUSÃO

Como se pode notar não há consenso sobre o que venha a ser ativismo. Talvez fosse mais fácil se o Supremo Tribunal Federal fosse exclusivamente uma corte constitucional, fora do âmbito do judiciário. O modelo que adotamos, tornando-o em uma corte Supremocrata torna árdua a classificação de suas decisões.

De qualquer modo o Supremo é o legitimado constitucional para a defesa do nosso texto maior. Discussões como falta de legitimidade dos ministros, por ausência de voto popular na composição, encontram-se superadas, vez que há participação indireta.

Nessa tarefa de defesa do texto constitucional sua atuação é destacada, principalmente pela crise em que passa os demais poderes. A falta de vontade política em enfrentar determinados temas resulta na litigiosidade. Com mecanismos como o Mandado de Injunção, ADIO e ADPF, o constituinte instrumentalizou o cidadão a pressionar pela concretização dos princípios constitucionais. A postura conservadora adotada pelo Supremo, tempos atrás, em nada contribuiu para a efetivação das normas constitucionais. De outro modo uma posição ativista deve ser vista com cautela e não pode ser defendida irrestritamente.

Em que pese a função típica do Poder Judiciário ser a atividade jurisdicional, torna-se intrínseco, no Estado Constitucional, a força normativa das decisões do Tribunal, principalmente no que tange o Controle de Constitucionalidade. Ao declarar a inconstitucionalidade de um ato normativo, e extirpá-lo do ordenamento jurídico, o tribunal inova o ordenamento de modo negativo. De igual modo, quando faz uma interpretação conforme, inova positivamente, declarando ser aquela interpretação correta em detrimento das demais.

O modelo de legislador (exclusivamente) negativo, idealizado por Kelsen, não se coaduna com o Estado Democrático de Direito. As sentenças aditivas estão cada vez mais presente e suprem a omissão legislativa, mas isso não quer dizer que o Supremo está legitimado a exercer a função legislativa. O tão preciso equilíbrio entre os Poderes deve

estar presente. A cada declaração da Corte acerca da constitucionalidade/inconstitucionalidade de determinado assunto deveria, em tese, existir uma atuação do parlamento, regulando a interpretação dada.

É preciso extrema cautela com a prática da interpretação conforme a constituição. Seus limites encontram-se na própria Constituição, e por mais que sejam nobres os motivos, ultrapassá-los enfraquecem mais nossa democracia e o exercício da cidadania.

A cidadania clientelista é um grave perigo, pois não há mais grupos de pressão sob o legislativo, esses grupos foram transformados em *amicus curiae*.

Concordamos com a opinião do Prof. Elival de que as súmulas vinculantes somente terão suas finalidades plenamente atingidas, com a modificação do nosso sistema de fiscalização de constitucionalidade para um sistema concentrado, de padrão europeu, convertendo-se o Supremo Tribunal Federal em um tribunal exclusivamente constitucional.

O fenômeno do ativismo deve ser observado de perto. Percebe-se que muitas decisões não são ativistas, mas de aplicação do texto constitucional. Por outro lado, o decisionismo está em alta, o afastamento da legislação em vigor, por convicções pessoais, são verdadeiros pronunciamentos de vontade, vestidos ou não de poesia, ferem o equilíbrio entre os Poderes, contaminam o exercício da cidadania e transformam nossa democracia em uma juristocracia.

## REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. “NEOCONSTITUCIONALISMO”: ENTRE A “CIÊNCIA DO DIREITO” E O “DIREITO DA CIÊNCIA”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, no. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 22/09/2014.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito – O Triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Proc. Geral, Rio de Janeiro**. 2006. Disponível na internet: <[http://www.conjur.com.br/2006-abr-26/triunfo\\_tardio\\_direito\\_constitucional\\_brasil?pagina=9](http://www.conjur.com.br/2006-abr-26/triunfo_tardio_direito_constitucional_brasil?pagina=9)>. Acesso em: 22/09/2014.

BARROSO, Luis Roberto. Entrevista concedida ao Conjur. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008-set-21/quando\\_legislativo\\_mal\\_judiciario\\_toma\\_conta?pagina=3](http://www.conjur.com.br/2008-set-21/quando_legislativo_mal_judiciario_toma_conta?pagina=3)> Acesso em: 22/09/2014.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 8. Ed. Revista e Atualizada. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de Ponderação na Jurisdição Constitucional**. Ed. Saraiva. 2009.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. DJe n. 214/2008. Debates que integram a ATA da 20 (vigésima) sessão ordinária, do plenário, realizada em 13 de agosto de 2008. Debates e aprovação da súmula vinculante n. 11, p. 13 a 19. Debates que integram a Ata da 21 (vigésima primeira) sessão ordinária, realizada em 20 de agosto de 2008. Debates sobre a súmula vinculante n. 13, p. 20 e 21. Debates que integram a Ata da 28 (vigésima oitava) sessão extraordinária, do plenário, realizada em 21 de agosto de 2008. Debates e aprovação da súmula vinculante n. 13. P. 21 a 24. 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 19/01/2015

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4.227/DF, Relator: Min. Ayres Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em 19/01/2015.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Ed. Almedina. 7 Ed. 15 reimpressão.

DIMOULIS, Dimitri e LUNARDI, Soraya, Ativismo e Autocontenção Judicial no Controle de Constitucionalidade. Disponível em: [http://www.editorajuspodivm.com.br/i/f/2\\_ativismo%20soltas.pdf](http://www.editorajuspodivm.com.br/i/f/2_ativismo%20soltas.pdf) . Acesso em: 22/09/14.



HARBELE, Peter. **Nove ensaios constitucionais e uma aula de jubileu**. Ed. Saraiva. 2012.

HESSE, Konrad. **A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre: 1991.

KELSEN, Hans. **A Garantia Jurisdicional da Constituição**. tradução: Jean Fraçois Cleaver – Tradutor do Senado federal – Direito Público N.1 – Jul-Ago-Set/2003 – Doutrina Estrangeira 91.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Ed. Martins Fontes, São Paulo: 2003.

LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou Altiwez? O Outro Lado do Supremo Tribunal Federal**. Sinopse.

MARTINS, Flavia Bahia. **Direito Constitucional**. 2.ed. Revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Ed. Impetus,

MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. Difusão Europeia do livro. São Paulo, 1962. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues.

MORAES, Alexandre de. **Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais**. Ed. Atlas. 3 Ed. São Paulo.

NALINI, José Renato. **Ativismo Judicial, Garantismo ou produtividade Adequada?** Bahia: Ed. JusPodvim, 2013.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial, Parâmetros dogmáticos**. São Paulo: 1° edição, 3° tiragem, 2013

STRECK, Lênio. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial** Limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**. São Paulo:2008.