

1. Ativismo Judicial

Segundo alguns doutrinadores, a expressão *ativismo judicial* foi utilizada pela primeira vez pelo jornalista Arthur Schelesinger Jr., em 1947. Schelensinger elaborou um estudo traçando o perfil dos Juízes da Suprema Corte norte-americana, separando-os entre ativistas (juízes Black, Douglas, Murphy e Rutlege), *campeões de autolimitação* (juízes Frankfurter, Jackson e Burton) e os de centro (juízes Reed e Vinson)¹.

A partir daí, alguns constitucionalistas passaram a utilizar a expressão com um direcionamento crítico negativo, para caracterizar um comportamento não condizente com os ditames constitucionais.

No Brasil, tal como entende Luis Roberto Barroso, a idéia de ativismo judicial importa numa *participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes*².

Em decorrência das alterações incorporadas pela Emenda Constitucional nº 45, bem como a nova composição do STF, a partir de 2002, verificou-se com maior nitidez o ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal.

Verifica-se que em algumas de suas decisões a Suprema Corte tem extrapolado os limites estabelecidos pela Constituição, alcançando áreas e temas, até então, nunca antes abrangidos, tal como verificar-se-á adiante.

Cumprе esclarecer que existem situações em que o ativismo judicial é positivo, tal como no caso da saúde. Como se sabe, no Brasil é garantido o acesso universal à saúde, de tal sorte que, por meio de ações judiciais, o Poder Público tem sido compelido a fornecer medicamentos à população que não possui condições de

¹ VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org). *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial do STF*. Curitiba: Juruá, 2009, p.20.

² BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*.

arcar com tais despesas. Trata-se, portanto, de uma atuação positiva do Judiciário no sentido de garantir a efetividade e concretização das normas e princípios constitucionais.

Oposta ao ativismo judicial encontra-se a auto-contenção judicial ou *self-restraint*, na qual o Judiciário procura *reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes*. Por essa linha, juízes e tribunais (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos, e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas. Até o advento da Constituição de 1988, essa era a inequívoca linha de atuação do Judiciário no Brasil. A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem contudo invadir o campo da criação livre do Direito. A auto-contenção, por sua vez, restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas³.

2. Ativismo judicial na Suprema Corte dos Estados Unidos da América

O ativismo judicial encontra na Suprema Corte norte-americana uma das principais referências. A Corte de Warren (1953-1969), assim referida em razão de seu presidente, Earl Warren, foi responsável por uma série de decisões que expandiram o espectro das liberdades civis nos Estados Unidos e hoje ela é vista quase como um sinônimo de ativismo judicial. Earl Warren foi nomeado por Eisenhower, para exercer a função de *Chief of Justice*, em 1953, e, a partir daí, a Suprema Corte passou a adotar uma postura diferente.

³ Idem.

Uma das decisões paradigmáticas que ilustra a mudança do perfil da Suprema Corte norte-americana foi proferida no caso *Brown versus Board of Education of Topeka*, em 1954, na *Era Warren*.

No caso supramencionado, a Suprema Corte modificou consideravelmente os limites de sua própria atuação, cessando o posicionamento passivo que se limitava a impedir uma decisão parlamentar ou governamental contrária à Constituição.

Discutia-se, no caso *Brown versus Board of Education of Topeka*, a incorporação das crianças negras ao sistema público de educação de Topeka. Provou-se no decurso da demanda que uma socialização segregada resultava em conseqüências negativas ao desenvolvimento das crianças. Ao final, declarou-se inconstitucional a segregação racial nas escolas públicas, dissolvendo-se, assim, a doutrina dos *iguais, mas separados*⁴.

Nos Estados Unidos, a atuação da Suprema Corte manifestas em diversas decisões emblemáticas tornou-se alvo de severas críticas por parte da doutrina. Um dos livros de maior repercussão da época (2005) e que tinha por objetivo retratar a atuação ativista da Suprema Corte foi o *Man in Black: How de Supreme Court is Destroying America*, de Mark Reed Levin. Nesse livro o Autor conclui que os juízes decidiam com base em suas próprias crenças e que, como conseqüência, acabavam elaborando novas leis e em vez de interpretar as já existentes.

⁴ No Caso *Plessy versus Ferguson*, em 1896, estabeleceu-se que as companhias ferroviárias deveriam providenciar acomodações *iguais, mas separadas* para as raças brancas e de cor. Em conseqüência disso, o serviço de transporte e educação eram prestados de forma separada também.

3. Reclamação 4335-5/AC: ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal

A Reclamação 4335-5/AC, cujo relator é o Ministro Gilmar Mendes, merece destaque face à polêmica que representa, embora ainda pendente de julgamento final.

Essa Reclamação discute a possibilidade de se estender os efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade *inter partes*, proferida no HC 82.959/SP, para outro julgado. Em aludido *habeas corpus* foi declarada a inconstitucionalidade do artigo 2º, §1º, da Lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), que veda a progressão de regime penal em crimes hediondos.

Dessa forma, existem duas questões em discussão em aludida reclamação, quais sejam:

i) a primeira seria equiparar os efeitos do controle difuso de constitucionalidade aos do controle centrado, atribuindo em sede de controle difuso efeito *erga omnes* em vez de *inter partes*. Tal alteração seria possível a partir da denominada “mutação constitucional” que, no caso, consistiu, na realidade, na substituição de um texto por um outro texto (construído pelo Supremo Tribunal Federal) e não em uma nova interpretação do texto existente;

ii) a segunda questão é atribuir efeito *erga omnes* à decisão proferida na via difusa de controle de constitucionalidade, sem a manifestação do Senado Federal, que seria responsável tão somente pela publicação, transformado-se em mero Diário Oficial do Supremo em tais questões.

Já se manifestaram os Ministros Gilmar Mendes, Eros Grau, Joaquim Barbosa e Sepúlveda Pertence, todavia, o julgamento da Reclamação foi interrompido pelo pedido de vista do Ministro Ricardo Lewandowski, em 19 de abril de 2007.

Pois bem. Em seu voto, o Ministro Relator Gilmar Mendes questionou o comunicado do Juiz da Vara de Execuções Penais do Estado do Acre que assim dizia, *in verbis*:

“Comunico aos senhores reeducandos, familiares, advogados e comunidade em geral, que a RECENTE DECISÃO PLENÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL proferida nos autos do ‘habeas corpus’ nº 82.959, A QUAL DECLAROU A INCONSTITUCIONALIDADE DO DISPOSITIVO DA LEI DOS CRIMES HEDIONDOS QUE VEDAVA A PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL (ART. 2º, §1º, da Lei nº 8.072/90), SOMENTE TERÁ EFICÁCIA A FAVOR DE TODOS OS CONDENADOS POR CRIMES HEDIONDOS OUA ELES EQUIPARADOS QUE ESTEJAM CUMPRINDO PENA, a partir da expedição, PELO SENADO FEDERAL, DE RESOLUÇÃO SUSPENDENDO A EFICÁCIA DO DISPOSITIVO DE LEI declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 52, inciso X, da Constituição Federal. Rio Branco, 02 de março de 2006. Marcelo Coelho de Carvalho. Juiz de Direito. (fls. 05/06)”

O Ministro Gilmar Mendes, não concordou com o comunicado do juiz do Acre, concluindo, após várias citações de estudos doutrinários e da jurisprudência do próprio Supremo, pela mutação do artigo 52, inciso X, da Constituição que assim dispõe:

“Compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.”

O Ministro intenta caracterizar o esvaziamento do controle difuso pelo fortalecimento do controle centrado, arguindo que em poucas situações o Senado teria atuado em razão de aludido dispositivo. Aduz também, à luz do princípio da nulidade, que uma vez inexistente o ato normativo, não caberia ao Senado suspender a sua execução, mas apenas divulgar a declaração de nulidade conferida pelo Supremo Tribunal Federal:

“Assim parece legítimo entender que, hodiernamente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Dessa forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo

definitivo, de que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que este publique a decisão no Diário do Congresso. Tal como assente, não é mais a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa *força normativa*. Parece evidente ser essa a orientação implícita nas diversas decisões judiciais e legislativas acima referidas. Assim, o Senado não terá a faculdade de publicar ou não a decisão, uma vez que não se cuida de uma decisão substantiva, mas de simples dever de publicação, tal como reconhecido a outros órgãos políticos em alguns sistemas constitucionais [...]⁵

Percebe-se, portanto, que o Ministro não vislumbra a necessidade da interferência do Senado Federal para suspender os efeitos da lei declarada inconstitucional pelo Judiciário, pois seus efeitos já seriam *erga omnes*. Tal atitude leva, no mínimo à mitigação do princípio da separação dos poderes, vez que o Judiciário declara a inconstitucionalidade de leis sem qualquer diálogo com o Legislativo.

Por sua vez, o Ministro Eros Grau, de acordo com o Relator, proferiu seu voto- vista, concentrando-se, inicialmente, em questões de interpretação constitucional para, depois, acompanhar o voto do Relator quanto à mutação constitucional do inciso X, do artigo 52, da Constituição.

Aduz o Ministro Eros Grau:

“O intérprete extrai do texto norma diversa daqueles que nele se encontravam originariamente involucradas, em estado de potência. Há, então, mais do que interpretação, esta concebida como processo que opera a transformação de texto em norma. Na mutação constitucional caminha-se não de um texto a uma norma, porém de um texto a outro texto que substitui o primeiro. Daí que a mutação constitucional não se dá simplesmente pelo fato de um intérprete extrair de um mesmo texto norma diversa da produzida por um outro intérprete. Isso se verifica diuturnamente, a cada instante, em razão

⁵ Rcl 4335-5/AC, Voto do Ministro Gilmar Mendes, fls. 48.

de ser, a interpretação, uma prudência. Na mutação constitucional há mais. Nela não apenas a norma é outra, mas o próprio enunciado normativo é alterado.”⁶

Foi proposta, então, uma nova redação ao artigo. Vejamos:

Da redação original “Compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”,

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

Divergindo dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, os Ministros Joaquim Barbosa proferiram seus votos.

Para o Ministro Joaquim Barbosa a suspensão da execução da norma pelo Senado Federal não constitui empecilho à “ampla efetividade das decisões do Supremo Tribunal Federal”. Entende o Ministro que o Supremo independe do Senado para conferir efeito *erga omnes* às declarações de inconstitucionalidade proferidas em sede de controle difuso uma vez que, “se o STF entender, com base na gravidade da questão constitucional, que a decisão deverá ter aplicação geral, deverá editar súmula vinculante a respeito”.

Com relação à mutação constitucional, Joaquim Barbosa discorda da proposta do Ministro Relator, pois o resultado será uma mudança no sentido da norma constitucional em questão e tal situação não se enquadraria em uma das modalidades de mutação, tal como, por exemplo, ensinado por Canotilho.

O Ministro conclui que:

“(…) que para a eficácia das decisões da Corte vejo o dispositivo como um complemento, não como obstáculo. Imagino situações, mesmo

⁶ Rcl 4335-5/AC, voto do Ministro Eros Grau.

que residuais, em que um caso, por suas circunstâncias muito próprias, suscite a declaração de inconstitucionalidade *in concreto*. E que a Corte, em casos contemporâneos àquele outro não encontre a repetição daquelas circunstâncias que levaram à declaração de inconstitucionalidade – encerrando assim a atuação da Corte. Admita-se, nesse cenário, que o Senado julgue conveniente suspender a execução da norma para que um caso isolado como o analisado pelo STF se repita. Essa hipótese, mesmo que venha a ocorrer uma vez só no futuro justifica, a meu ver, a manutenção da interpretação atual.

Citando Alexander Bickel, em *The Least Dangerous Branch* Joaquim Barbosa acrescenta que uma das alternativas do Poder Judiciário no exercício da jurisdição constitucional é

“não fazer nem uma coisa nem outra, ou seja, abster-se de pronunciar-se sobre a questão da constitucionalidade em respeito ao princípio da democracia, quando assim puder agir, solucionando o caso concreto sem precisar embrenhar-se pela questão constitucional. Essa regra da **sagesse politique**, de sabedoria política, tão importante para a vitalidade da democracia constitucional, parece-me plenamente aplicável ao caso ora em exame, sobretudo por a norma em causa, a par da sua literalidade quase “ofuscante”, em nada limita o exercício por essa Corte da sua missão de guarda da Constituição.”

Por fim, conclui o Ministro que não conheceria da reclamação, mas conheceria o pedido de *habeas corpus*, confirmando a limitar concedida.

O Ministro Sepúlveda Pertence, também discorda dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau em relação à mutação constitucional, pelo fato de que, “às visões mais radicais, poderia ter o **cheiro de golpe de Estado.**” (grifo nosso) Ademais, “às tentações do golpe de Estado não está imune o Poder Judiciário; é essencial que a elas resista”.

Para o Ministro “reduzir-se a nada o papel do Senado – que todos os textos constitucionais subseqüentes a 1934, com exceção do Estado Novo, mantiveram – parecem-me ir, com todas as vênias, além da marca”. Por fim, Sepúlveda Pertence

aduz: “(...) peço vênia aos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau para julgar improcedente a reclamação que, a meu ver, é o grande risco tsunâmico – eu diria – do Supremo Tribunal de hoje, porque, sem alargamentos, ela já tende a ser brevemente a via mais freqüente de acesso ao Tribunal. Não vejo a necessidade de rompê-la a custo desta delicada decisão institucional de converter essa prerrogativa a que o Congresso sempre se reservou, nas sucessivas Constituições, em uma função subalterna de dar publicidade a decisões do Supremo Tribunal em processos subjetivos”⁷

A atuação do Supremo Tribunal Federal, em especial na Reclamação 4335-5/AC, tem gerado inúmeras discussões. Importante, todavia, ressaltar que dentre as várias questões suscitadas pelo caso, faz-se necessário lembrar que um Tribunal, ainda que seja o Supremo Tribunal Federal, não possui competência para legislar; não pode alterar a constituição nem criar o direito. Isso seria uma afronta às competências estabelecidas no texto constitucional e, sobretudo, à própria democracia.

Como bem lembra Lenio Luiz Streck, “A atividade jurisdicional, mesmo a das cortes constitucionais, não é legislativa, muito menos constituinte (e assim não há o menor cabimento, diga-se de passagem, na afirmação do Min. Francisco Rezek, quando do julgamento da ADC nº1, quando este dizia que a função do STF é a de um oráculo (*sic*) que “diz o que é a Constituição”.”⁸

Ao Supremo Tribunal Federal foi conferida a função de guardião da Constituição. É ele quem deve assegurar a integridade e a concretização dos preceitos constitucionais, submetendo-se a ela e aos seus princípios, tal como princípios da separação dos poderes e da democracia.

Nos dizeres de Canotilho:

⁷ Rcl 4334/AC, voto do Ministro Sepúlveda Pertence.

⁸ STRECK, Lenio Luiz. *A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional*.

“Mesmo quando os juízes se podem assumir tendencialmente como “legisladores negativos” (ao declararem a inconstitucionalidade de normas) ou criadores de direito (ao elaborarem ‘normas’ para a decisão do caso), os juízes estão vinculados à Constituição e à lei, à distribuição funcional de competências constitucionais, à separação de poderes e ao princípio democrático. É certo que estes limites jurídico-constitucionais não têm sido suficientes para evitar aquilo que os autores chamam de ‘ativismo judicial’ à sombra do desenvolvimento e complementação jurisprudencial do direito. O desenvolvimento tem passado – sobretudo a nível dos tribunais constitucionais e dos tribunais ordinários com funções constitucionais – pela *descoberta* de novas funções e novas dimensões do direito.”⁹

É, portanto, a própria Constituição, o limite de atuação do Supremo Tribunal Federal. É ela quem legitima, fundamenta e dá diretrizes para a atuação dos Poderes do Estado e da própria sociedade.

Devemos nos atentar à qualquer forma de ativismo judicial contrário aos ditamos constitucionais. Este ativismo deve ser repellido, suprimido para que não haja abusos, tal como o revelado pela atuação do Supremo Tribunal Federal na Reclamação ora em debate.

⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Um olhar jurídico-constitucional sobre a judicialização da política*. In RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes; BERARD, Luciana Andrea Accorsi (Orgs). *Estudos de Direito Constitucional: em homenagem à professora Maria Garcia*. São Paulo: IOB – Thomson, 2007, p. 230-41.