Lumen Juris Editora

www.lumenjuris.com.br

Editores
João de Almeida
João Luiz da Silva Almeida

Conselho Editorial

Adriano Pilatti
Alexandre Bernardino Costa
Alexandre Morais da Rosa
Ana Alice De Carli
Anderson Soares Madeira
Beatriz Souza Costa
Bleine Queiroz Caúla
Caroline Regina dos Santos
Daniele Maghelly Menezes Moreira
Diego Araujo Campos
Elder Lisboa Ferreira da Costa
Emerson Garcia
Firly Nascimento Filho
Flávio Ahmed
Frederico Antonio Lima de Oliveira
Frederico Price Grechi
Geraldo L. M. Prado
Gina Vidal Marcilio Pompeu
Gisele Cittadino
Gustavo Noronha de Ávila
Gustavo Sénéchal de Goffredo
Helena Elias Pinto
Jean Carlos Fernandes
Jerson Carneiro Gonçalves Junior
João Carlos Souto
João Marcelo de Lima Assafim
João Theotonio Mendes de Almeida Jr.
José Emílio Medauar
José Ricardo Ferreira Cunha
Josiane Rose Petry Veronese
Leonardo El-Amme Souza e Silva da Cunha
Lúcio Antônio Chamon Junior
Luigi Bonizzato
Luis Carlos Alcoforado
Luíz Henrique Sormani Barbugiani
Manoel Messias Peixinho
Marcellus Polastri Lima
Marcelo Ribeiro Uchôa
Márcio Ricardo Staffen
Marco Aurélio Bezerra de Melo
Ricardo Lodi Ribeiro
Roberto C. Vale Ferreira
Salah Hassan Khaled Jr.
Sérgio André Rocha
Sidney Guerra
Simone Alvarez Lima
Victor Gameiro Drummond

Conselheiros beneméritos:
Denis Borges Barbosa (*In memoriam*)
Marcos Juruena Villela Souto (*in memoriam*)

Conselho Consultivo

Andreya Mendes de Almeida Scherer Navarro
Antonio Carlos Martins Soares
Artur de Brito Gueiros Souza
Caio de Oliveira Lima
Francisco de Assis M. Tavares
Ricardo Máximo Gomes Ferraz

Filiais

Sede: Rio de Janeiro
Av. Presidente Vargas - nº 446 –
7º andar - Sala 705
CEP: 20071-000
Centro – Rio de Janeiro – RJ
Tel. (21) 3933-4004 / (21) 3249-2898

São Paulo (Distribuidor)
Rua Sousa Lima, 75 –
CEP: 01153-020
Barra Funda – São Paulo – SP
Telefax (11) 5908-0240

Minas Gerais (Divulgação)
Sergio Ricardo de Souza
sergio@lumenjuris.com.br
Belo Horizonte – MG
Tel. (31) 9296-1764

Santa Catarina (Divulgação)
Cristiano Alfama Mabilia
cristiano@lumenjuris.com.br
Florianópolis – SC
Tel. (48) 9981-9353

Superior Tribunal de Justiça
BIBLIOTECA

GLAUCO SALOMÃO LEITE

JURISTOCRACIA E CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO

DO ATIVISMO JUDICIAL AO DIÁLOGO CONSTITUCIONAL

EDITORA LUMEN JURIS
RIO DE JANEIRO
2017

342.965
L533j

Copyright © 2017 *by* Glauco Salomão Leite

Categoria: Direito Constitucional

PRODUÇÃO EDITORIAL
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Diagramação: Bianca Callado

A LIVRARIA E EDITORA LUMEN JURIS LTDA.
não se responsabiliza pelas opiniões
emitidas nesta obra por seu Autor.

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais. A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art. 184 e §§, e Lei nº 6.895, de 17/12/1980), sujeitando-se a busca e apreensão e indenizações diversas (Lei nº 9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados à
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO-NA-FONTE

Leite, Glauco Salomão
Juristocracia e Constitucionalismo Democrático: Do ativismo judicial ao diálogo Constitucional. / Glauco Salomão Leite. - 1. ed. - Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2017.
308 p. ; 23 cm.

Bibliografia: p. 269-287.

ISBN: 978-85-8440-987-7

1. Direito Constitucional - Democracia. 2. Juristocracia - Ativismo Judicial - Estado Constitucional. 3. Supremo Tribunal Federal - Constituição - Brasil I. Título.

CDD – 342

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
BIBLIOTECA M. OSCAR SARAIVA
Nº 1099973 DATA 18/01/18

Aos meus pais, Adilson Leite e Geovania Salomão, com amor e gratidão pelos ensinamentos mais perenes e importantes na minha vida.

dência do Tribunal também é útil a *todos* esses atores políticos, em particular quando os Poderes Executivo e Legislativo não querem tratar de um tema que envolve um alto custo político, deixando, estrategicamente, que a matéria seja apreciada pelo STF.

Essa conjuntura permitiu que, gradativamente, o STF fosse consolidando seu papel institucional, podendo proferir decisões com um perfil ativista, independentemente de atingir interesses de quem está à frente do Governo ou na oposição.[255]

255 Em sentido semelhante, Thamy Pogrebinchi afirma que "o STF não demonstra um padrão de decisões que possa ser considerado político no sentido de favorecer mais ou menos partidos de oposição" (POGREBINSCHI, Thamy, *Judicialização ou representação?*: política, direito e democracia no Brasil, cit., p. 90).

Capítulo IV: Dimensões do ativismo judicial na práxis do Supremo Tribunal Federal

> "*(...) não existe a Constituição de 1988 [...] o que hoje realmente há, aqui e agora, é a Constituição do Brasil, tal como hoje, aqui e agora, ela é interpretada/aplicada por esta Corte*". (Min. Eros Grau, na ADI n. 3.367/DF)

4.1. Considerações iniciais

Tem-se afirmado ao longo deste trabalho que o ativismo judicial se exprime por meio de decisões que amplificam os poderes do Tribunal, diminuindo os espaços de atuação de outros órgãos estatais. Isso não quer dizer que uma decisão considerada ativista representa, necessariamente, uma intromissão ilegítima na esfera de outro órgão. O próprio desenho político-jurídico estabelecido pela ordem constitucional pode estimular atuações ativistas de uma Corte em relação a certas matérias. Por isso, é injustificável condenar *a priori* toda e qualquer decisão ativista e, em contrapartida, enaltecer o passivismo judicial, em nome de uma maior deferência a outras instâncias de poder. Daí a necessidade de se analisar o ativismo e a autocontenção em contextos historicamente situados. Igualmente, ativismo e autocontenção devem ser observados como duas tendências opostas e que marcam a dinâmica de funcionamento de um Tribunal. Nessa perspectiva, tais polarizações não estão vinculadas a uma específica ideologia, podendo tanto se falar em ativismo conversador, como progressista. Mais ainda, ativismo e autocontenção podem ser identificados em relação a qualquer âmbito de atuação de um Tribunal, não se circunscrevendo, por exemplo, ao controle de constitucionalidade das leis, especialmente no modelo concentrado.

Esclarecidas essas premissas, e diante da complexidade que caracteriza tais fenômenos, não se exige que uma decisão seja perfeitamente enquadrada como ativista. Na verdade, existem dimensões ou aspectos ativistas de uma decisão judicial que apontam para um alargamento dos poderes de um Tribunal.

Assim, inspirado nessa abordagem pluridimensional do ativismo, e sob uma perspectiva institucional que desconsidera o acerto ou desacerto da decisão, passa-se a uma sistematização das principais dimensões ativistas que se destacaram na práxis do STF. É preciso, ainda, fazer uma última ressalva. Como esse alargamento de poderes do STF é operacionalizado por ele mesmo, já que é fruto de seus pronunciamentos, as dimensões representam a *tônica* que se quer realçar na decisão. Desse modo, é possível que uma determinada decisão seja reputada ativista em mais de uma dimensão, configurando-se uma sobreposição que não impede a abordagem pluridimensional. Ao contrário, é uma consequência dela. Pois bem, sendo assim, considerar-se-ão as seguintes dimensões de ativismo judicial na jurisprudência do STF: a) ocupação de vazios normativos; b) criação e/ou alteração de normas constitucionais; c) expansão de poderes processuais e da força de suas decisões; d) ativismo de precedentes; e) ativismo contramajoritário; f) imposição de obrigações positivas ao Poder Público; g) maximalismo judicial.

4.2. Ocupação de vazios normativos

Essa dimensão do ativismo se relaciona com a fiscalização judicial das omissões inconstitucionais por meio do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Está-se, pois, diante de hipótese caracterizada principalmente pela omissão total ou parcial de normal legal regulamentadora de preceito constitucional. Não é o caso de se proceder a uma análise detalhada dos contornos desses institutos, interessando, para os fins desta pesquisa, observar a alteração do entendimento do STF quanto à natureza e alcance do provimento jurisdicional, quando fiscaliza as omissões inconstitucionais. Nesse sentido, o Tribunal, ao longo dos anos, tem realizado verdadeiras construções jurisprudenciais sobre referidas ações, que sinalizam para uma mudança significativa na relação com o Poder Legislativo, titular da função típica de legislar, apontando para a expansão de seus poderes normativos.

Como se sabe, a Carta de 1988 foi pioneira na introdução de mecanismos processuais para coibir ou remediar a inércia do Poder Legislativo. A própria previsão do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão pode ser interpretada como uma desconfiança do constituinte em relação ao futuro legislador ordinário, que seria o encarregado de disciplinar os dispositivos constitucionais que exigiam sua intermediação. Não obstante, o caráter inovador dessas ações, a ausência de um regramento mais detalhado concernente a sua natureza e alcance, somado a uma timidez inicial do STF, provocaram uma frustração em relação aos efeitos práticos decorrentes dessas ações.

De fato, no *leading case*[256] sobre a matéria, a Corte teve que enfrentar como questão de ordem a autoaplicabilidade do mandado de injunção. Isso porque, ao contrário do mandado de segurança e do *habeas corpus*, ações que à época já dispunham de regulamentação no plano infraconstitucional e eram amplamente conhecidas na teoria e na prática jurídicas, o mandado de injunção, recém-criado, não possuía semelhante disciplina normativa. Essa situação causou certa perplexidade, pois a garantia constitucional para combater a mora legislativa não tinha, ela própria, uma lei regulamentadora. Para superar esse óbice, a Corte, seguindo o voto do relator na citada ação, o ministro Moreira Alves, entendeu pela autoexecução do mandado de injunção, submetendo-o, no que coubesse, ao mesmo rito do mandado de segurança.

Ultrapassada essa questão de ordem, ainda era preciso esclarecer a natureza da decisão da Corte ao julgar algum mandado de injunção. Nesse particular, e considerando tratar-se de uma ação absolutamente nova no ordenamento jurídico, o constituinte deixou de dizer o óbvio, quais são os efeitos decorrentes da concessão do mandado de injunção[257]. Diante de tal silêncio, abriu-se espaço para a construção jurisprudencial desse instituto. Porém, ao se acolher a autocontenção defendida pelo ministro Moreira Alves, a maioria dos integrantes da Corte rejeitou de plano a possibilidade de a decisão judicial consubstanciar a norma integradora para viabilizar o exercício de um direito constitucional não regulamentado. Dessa maneira, entendeu-se que não seria compatível com a Constituição vigente que o STF proferisse decisão regulamentando a norma constitucional para o caso concreto (efeitos *inter partes*), nem para situações análogas (efeitos *erga omnes*). Partiu-se da premissa de que a decisão no mandado de injunção se assemelha à proferida em ação direta por omissão,

256 STF – QO MI n. 107, rel. Min. Moreira Alves, *DJ*, de 21.09.1990.

257 ROSA, André Vicente Pires. A regulamentação do mandado de injunção: mandado de injunção sob a perspectiva do projeto de Lei n. 6.128, de 2009. In: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima (Orgs.). *Mandado de injunção*: estudos sobre sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 102.

equiparando, portanto, os dois institutos, com base no artigo 103, parágrafo 2º, da Constituição Federal[258]. Em sendo assim, o pronunciamento da Corte deveria se limitar a declarar a omissão inconstitucional, comunicando-se o órgão inadimplente, para que adotasse as providências necessárias. Todavia, não caberia ao Poder Judiciário suprir o vazio normativo decorrente do estado de inconstitucionalidade, nem mesmo para permitir o exercício de direitos e liberdades, ainda que restrito ao caso concreto. Com isso, o Tribunal exprimia uma concepção de separação dos poderes, em que a jurisdição constitucional não poderia ofertar uma solução normativa, ainda que de natureza transitória, nos casos de mora legislativa, como se extrai do voto do ministro Moreira Alves:

> Essa solução, acolhida pela Constituição atual, é, sem dúvida, a que se compatibiliza com o sistema constitucional vigente que deu particular relevo à separação dos poderes (arts. 2º e 60, § 4º, III), que continuou a inserir entre os direitos fundamentais o de que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, II), e que, também, atento ao princípio democrático, estabeleceu um processo legislativo em que o Poder Judiciário só tem iniciativa legislativa nos casos expressos na própria Constituição e com relação a matérias a ele estritamente vinculadas, sendo que as decisões políticas de que afinal resultam os textos legais se subordinam a um sistema de freios e contrafreios de que participam exclusivamente os Poderes Legislativo e Executivo, eleitos diretamente pelo povo.[259]

Externando o mesmo entendimento, destacou o ministro Celso de Mello:

> É preciso assinalar, no entanto, que o mandando de injunção não se destina a constituir direito novo, nem a ensejar ao Poder Judiciário o anômalo desempenho de funções normativas que lhe são institucionalmente estranhas. O mandado de injunção não é o sucedâneo constitucional das funções político-jurídicas atribuídas aos órgãos estatais inadimplentes. Não legitima, por isso mesmo, a veiculação de provimentos normativos que se destinem a substituir a faltante norma regulamentadora sujeita a competência, não exercida, dos órgãos públicos.[260]

258 "Art. 103 [...] § 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias."

259 STF – QO MI n. 107, rel. Min. Moreira Alves, *DJ*, de 21.09.1990.

É perceptível que o Tribunal não pretendia produzir a norma faltante, por considerar que essa atribuição seria de competência de outro órgão legitimado constitucionalmente. A Corte vestia a toga do "legislador negativo", entendendo que, embora tivesse poderes para anular um preceito legal por reputá-lo inconstitucional, não poderia inovar a ordem jurídica diante da inconstitucionalidade por omissão, como se, no primeiro caso, já não o fizesse. De todo modo, as balizas traçadas no citado mandado de injunção foram adotadas posteriormente. No MI n. 20, a Corte entendeu que o direito de greve dos servidores públicos civis só poderia ser exercido após a edição da lei regulamentadora prevista no artigo 37, VII, da Constituição Federal, pois esse preceito se caracterizava como norma de eficácia limitada. Assim, não obstante tenha reconhecido a mora legislativa, proferiu decisão, restringindo-se a atestar a omissão inconstitucional e a comunicar o órgão competente para produzir a lei integradora. Nesse sentido, concluiu o ministro Celso de Mello, relator da ação:

> [...] defiro o presente mandado de injunção, para, reconhecendo a mora do Congresso Nacional no adimplemento da prestação legislativa que lhe foi imposta pelo art. 37, VII, da Constituição, ordenar a formal comunicação desse estado de inércia legiferante ao Poder Legislativo da União, com o objetivo de que faça editar a lei complementar necessária à viabilização do exercício, pelos servidores públicos civis, do direito de greve que lhes foi assegurado pelo ordenamento constitucional.[261]

Em outros precedentes, o Tribunal passou a apresentar um entendimento diverso. Uma nova perspectiva começou a se desenvolver em relação ao disposto no artigo 8º, parágrafo 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Essa regra garantiu uma reparação econômica aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional em decorrência de atos do Ministério da Aeronáutica durante o regime militar de 1964. Para tanto, fixou um prazo de doze meses, contados da promulgação da Constituição, para o Congresso Nacional editar lei fixando os parâmetros para a percepção de tal in-

260 STF – QO MI n. 107, rel. Min. Moreira Alves, *DJ*, de 21.09.1990.

261 STF – MI n. 20, rel. Min. Celso de Mello, *DJ*, de 22.11.1996.

denização. Já que esse prazo foi descumprido, provocou-se a Corte novamente, por um mandado de injunção. Constatada a omissão do Congresso Nacional, o Tribunal concedeu o mandado de injunção, assinalando um prazo de 45 dias, mais 15 para a sanção presidencial, para a edição da lei faltante. Além disso, a Corte determinou que, escoado esse prazo sem a aprovação da lei, o titular do direito poderia obter, contra a União, pelas vias ordinárias, a reparação econômica a que tinha direito[262]. Esse entendimento foi reiterado em outro mandado de injunção sobre a mesma matéria:

> Reconhecido o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional – único destinatário do comando para satisfazer, no caso, a prestação legislativa reclamada – e considerando que, embora previamente cientificado no Mandando de Injunção n. 283, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, absteve-se de adimplir a obrigação de que lhe foi constitucionalmente imposta, torna-se prescindível nova comunicação à instituição parlamentar, assegurando-se aos impetrantes, desde logo, a possibilidade de ajuizarem, imediatamente, nos termos do direito comum ou ordinário, a ação de reparação de natureza econômica instituída em seu favor pelo preceito transitório.[263]

Nesse caso, observe-se que o Tribunal deixou de se limitar a cientificar o Poder Legislativo quanto à omissão inconstitucional. Porém, ainda foi reticente em concretizar o direito dos impetrantes no âmbito do mandado de injunção. De fato, se a própria regra constitucional já havia fixado um prazo para o Congresso Nacional editar a lei, e se esse prazo não foi respeitado, já estava configurada a inconstitucionalidade por omissão. Assim, é questionável a dilação desse prazo por mais 60 dias (45 dias mais 15 para a sanção presidencial), sem respaldo constitucional. Outrossim, mesmo reconhecendo o descumprimento do dever de legislar por parte do Congresso Nacional, a Corte determinou que os autores buscassem nas vias judiciais ordinárias a indenização pleiteada, em vez de ela própria viabilizar a fruição desse direito. Afinal, a indenização era o próprio direito subjetivo cujo exercício estava sendo impedido pela ausência de lei. Esse aspecto foi percebido pelo ministro Marco Aurélio[264], que foi vencido no

262 STF – MI n. 283, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ*, de 14.11.1991.

263 STF – MI n. 284, rel. Min. Marco Aurélio, *DJ*, de 26.06.1992.

264 STF – MI n. 283, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ*, de 14.11.1991.

julgamento, quando ressaltou que a solução aventada pelo Tribunal transferia o mandado de injunção para o juízo ordinário, na parte mais importante, qual seja, a que empresta eficácia ao preceito constitucional assegurador do direito. Em debate com o ministro Moreira Alves, fez o seguinte questionamento: "Que concretização é essa que se remete o interessado à via ordinária?". Por isso, sustentou que cabia à Corte fixar os parâmetros para a percepção da indenização prevista na regra constitucional.

Já no MI n. 232, de relatoria do ministro Moreira Alves, o Tribunal foi provocado a se manifestar sobre a imunidade tributária das entidades beneficentes de assistência social, em relação às contribuições para a seguridade social. Com efeito, de acordo com o artigo 195, parágrafo 7º, da Constituição Federal, tais entidades desfrutariam da referida imunidade, desde que atendessem "às exigências estabelecidas em lei". De acordo com a posição minoritária nesse julgamento, formada pelos ministros Marco Aurélio, Carlos Velloso e Célio Borja, em face da ausência da norma regulamentadora que obstaculiza o exercício de um direito assegurado constitucionalmente, seria tarefa do Tribunal apresentar as condições necessárias ao gozo da imunidade tributária. Assim, entenderam que poderiam tomar de empréstimo o disposto no artigo 14 do Código Tributário Nacional. Esse comando estabelece os requisitos a serem observados pelas entidades de assistência social para usufruírem a imunidade referente aos impostos[265]. Dessa maneira, diante da omissão referente à lei prevista no artigo 195, parágrafo 7º, a imunidade nela assegurada seria exercida, desde que a entidade preenchesse os requisitos do artigo 14 do Código Tributário Nacional.

Não obstante, a posição majoritária acolheu os argumentos do ministro Moreira Alves. Assim, o Tribunal fixou o prazo de seis meses para que o Congresso Nacional adotasse as providências legislativas para dar concretude ao previsto no artigo 195, parágrafo 7º, sob pena de, vencido esse prazo, as entidades de assistência social poderem exercer a imunidade tributária requerida. Vê-se que o Tribunal foi hesitante em não permitir o exercício imediato do direito subjetivo assegurado pela norma constitucional. Buscou, como afirmado pelo ministro Sepúlveda Pertence, desvelar as potencialidades da formulação ortodoxa definida no MI n. 107, de sorte que, sempre que possível, poder-se-ia inserir uma "cominação, com o sentido cautelar ou compulsivo de levar à agilização do

265 STF – MI n. 232, rel. Min. Moreira Alves, *DJ*, de 27.03.1992.

processo legislativo complementar da norma constitucional, sem, no entanto, se substituir definitivamente o Tribunal ao legislador".[266]

A alteração significativa na jurisprudência do STF, que permitiu uma nova compreensão do instituto do mandado de injunção, ocorreu quando a Corte apreciou a problemática referente ao direito à aposentadoria especial e o direito de greve dos servidores públicos. Como se viu anteriormente, em consonância com a sua jurisprudência, o STF tão somente atestava a mora legislativa, comunicando-a ao Congresso Nacional. No entanto, essa solução mostrou-se inócua, pois, mesmo sendo cientificado diversas vezes, o Poder Legislativo continuava sem editar a lei para cuidar do direito reclamado. Na nova oportunidade propiciada no MI n. 721, o Tribunal discutiu a falta da lei prevista no artigo 40, parágrafo 4º, da Constituição Federal, que assegura o direito à aposentadoria especial para servidores públicos com deficiência, que exerçam atividades de risco ou cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais, que prejudiquem a saúde ou a integridade física. Em face da ausência da normal legal integradora, o Tribunal, além de atestar a omissão inconstitucional, permitiu a fruição do direito à aposentadoria especial por parte de servidor público, com base nos critérios definidos no artigo 57 da Lei n. 8.213/91, que disciplina o regime geral da previdência. Em outras palavras, não havendo parâmetros normativos específicos para a aposentadoria especial dos servidores públicos, utilizou-se a sistemática prevista para o regime geral da previdência. É importante destacar que, não obstante a sensível variação na jurisprudência do Tribunal, pois, nesse precedente, o direito subjetivo pôde ser exercitado, a decisão se limitou ao caso concreto. Na ementa do acórdão, consta o seguinte enunciado, que bem revela o alcance da decisão: "Tratando-se de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelado."[267]

Essa decisão representa o que muitos autores esperavam do mandado de injunção, ou seja, uma ação constitucional cuja finalidade fosse permitir o exercício, em concreto, de direitos e liberdades fundamentais obstaculizados pela mora legislativa[268]. Porém, quando a Corte foi provocada para, mais uma vez, tratar da greve dos servidores públicos, deu-se mais um passo no alargamento de seus poderes decisórios. A questão voltou ao Tribunal nos MI ns. 670, 708 e 712, dos quais foram relatores os ministros Gilmar Mendes e Eros Grau. Notando o momento histórico em que se encontrava o STF, o ministro Ricardo Lewandowski observou que era chegada a hora de a Corte avançar "para conferir mais efetividade ao mandado de injunção, dando concreção a um dos mais importantes instrumentos de defesa dos direitos fundamentais concebidos pelo constituinte originário"[269]. Alterando a posição que defendeu no MI n. 20, de que fora relator, o ministro Celso de Mello observou que o entendimento restritivo que o STF havia abraçado até então não poderia mais prevalecer, sob pena de "esterilizar a importantíssima função político-jurídica para o qual foi concebido, pelo constituinte, o mandado de injunção", de modo a impedir que se "degrade a Constituição à inadmissível condição subalterna de um estatuto subordinado à vontade ordinária do legislador comum"[270]. No mesmo sentido, o ministro Gilmar Mendes ressaltou que não há mais "como justificar a inércia legislativa e a inoperância das decisões"[271] da Corte, pois a perpetuação desse quadro estaria a configurar quase uma omissão judicial.[272]

Percebe-se, então, que o Tribunal não mais se satisfazia com o relapso do Poder Legislativo, nem com o excesso de zelo que marcava sua relação com o legislador ordinário, na regulação do direito de greve. Nesse contexto, o Tribunal começou a se distanciar da concepção mais ortodoxa, segundo a qual, sendo o artigo 37, VII, da Constituição uma norma de eficácia limitada, o exercício do direito nela positivado estaria a depender da intermediação legislativa, o que, na prática, propiciou uma larga discricionariedade para o Poder Legislativo agir quando julgasse conveniente. Passou-se a enxergar que não compete ao Congresso Nacional *criar*, por meio de lei ordinária, o direito de greve dos servidores públicos, pois essa prerrogativa já foi instituída por decisão política do constituinte originário. Assim, uma vez firmada competência do STF não

266 STF – MI n. 232, rel. Min. Moreira Alves, *DJ*, de 27.03.1992.

267 STF – MI n. 721, rel. Min. Marco Aurélio, *DJ*, de 30.08.2007.

268 "Autorizada doutrina constitucional, de há muito, já pregava a adoção da perspectiva, sob o argumento de que a discussão estaria situada no poder-der do judiciário de elaborar uma norma ao caso concreto submetido a sua apreciação." (DANTAS, Ivo. *Novo processo constitucional brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 345).

269 STF – MI n. 670, rel. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, *DJ*, de 25.10.2007.

270 STF – MI n. 670, rel. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, *DJ*, de 25.10.2007.

271 STF – MI n. 670, rel. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, *DJ*, de 25.10.2007.

272 "Comungo das preocupações quanto à não assunção pelo Tribunal de um *protagonismo legislativo*. Entretanto, parece-me que a não atuação no presente momento já se configuraria quase uma espécie de 'omissão judicial'." (STF – MI n. 670, rel. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, *DJ*, de 25.10.2007).

só para rever os atos do legislador, mas também suas omissões nos casos em que a Constituição impõe um dever de agir, o Tribunal acolheu uma fórmula alternativa para o mandado de injunção. Para o ministro Eros Grau, a controvérsia não era mais saber se o artigo 37, VII, era dotado de eficácia, mas "importa verificarmos é se o Supremo Tribunal Federal emite decisões ineficazes; decisões que se bastam em solicitar que o Poder Legislativo cumpra o seu dever, inutilmente"[273]. Assim, por maioria, decidiu o Tribunal que seriam aplicadas aos servidores públicos as Leis ns. 7.701/88 e 7.783/99, que cuidam da greve no setor privado e dos dissídios de greve, enquanto o Congresso Nacional não aprovasse o estatuto específico para aquela categoria.

Outrossim, as decisões proferidas pela Corte não apenas produziram efeitos para os autores dos mandados de injunção que foram julgados. Avançou-se no sentido de adotar uma solução normativa para a matéria, de modo que, tal qual a decisão do STF em sede de controle abstrato por omissão, a proferida em mandado de injunção também teria eficácia *erga omnes*. Nesse ponto, o Tribunal promoveu uma releitura das premissas adotadas no QO MI n. 107. De fato, nesse precedente, o STF equiparou os dois institutos para concluir que *não* cabe ao Poder Judiciário produzir a norma faltante, pois sua tarefa resume-se a declarar a omissão inconstitucional e cientificar o órgão inadimplente para adotar as providências cabíveis. Agora, a mesma premissa da equiparação é invocada para respaldar a tese que, naquela época, foi expressamente rejeitada: como as duas ações produzem efeitos jurídicos semelhantes e considerando que a decisão na ação direta por omissão tem efeitos *erga omnes* (mas não o de produzir a normal geral), logo a decisão no mandado de injunção, que preenche o vazio normativo, igualmente apresenta eficácia *erga omnes*. O Tribunal realizou um salto argumentativo, redefinindo radicalmente seus poderes no controle das omissões inconstitucionais.[274]

Por outro lado, o ministro Ricardo Lewandowski defendeu a possibilidade de viabilização do direito de greve, desde que a decisão apenas produzisse efeitos no caso concreto. Para ele, conferir eficácia *erga omnes* a tal decisão

273 STF – MI n. 712, rel. Min. Eros Grau, *DJ*, de 25.10.2007.

274 BENVINDO, Juliano Zaiden. Mandado de injunção em perigo: os riscos da abstração de seus efeitos no contexto do ativismo judicial brasileiro. In: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima (Orgs.). *Mandado de injunção*: estudos sobre sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 268.

seria permitir que o STF se intrometesse em esfera de competência reservada com exclusividade aos "representantes da soberania popular, eleitos pelo sufrágio universal, direto e secreto"[275]. Porém, esse argumento foi refutado pela maioria do Tribunal. Segundo o ministro Eros Grau, não se poderia falar de agressão à separação dos poderes, acusando o STF de exercer função legislativa. Para ele, o Tribunal não ocuparia o papel do Congresso Nacional, pois apenas estaria a desempenhar uma *função normativa* de caráter supletivo, ou seja, até superveniência da legislação que venha a regular a greve dos servidores públicos. Em suas palavras:

> O Poder Judiciário, no mandado de injunção, produz norma. Interpreta o direito, na tua totalidade, para produzir a norma de decisão aplicável à omissão. É inevitável, porém, no caso, seja essa norma tomada como texto normativo que se incorpora ao ordenamento jurídico, a ser interpretado/aplicado.
>
> Ademais, não há que se falar em agressão à "separação dos poderes", mesmo porque é a constituição que institui o mandado de injunção e não existe uma assim chamada "separação dos poderes" provinda do direito natural. Ela existe, na Constituição do Brasil, tal como nela definida. Nada mais.[276]

O ministro Gilmar Mendes deixou claro que não defendia a assunção do papel de legislador positivo por parte do STF. Sustentou que a Corte estava proferindo uma sentença de perfil aditivo, como a Corte Constitucional italiana tem feito amplamente. Além disso, argumentou que esse modelo de decisão normalmente é aceito quando se está a integrar ou complementar um regime previamente adotado pelo legislador ou quando a solução aprovada pelo Tribunal incorpora uma solução constitucionalmente obrigatória.

Essa observação é importante, porque permite distinguir duas situações que podem surgir no contexto da fiscalização das omissões normativas. Nos casos acima relatados em que a Corte buscou oferecer a solução para o exercício do direito subjetivo (imunidade tributária das entidades beneficentes de assistência social, aposentadoria especial de servidor público e direito de greve de servidor público), cumpre observar que o Tribunal sempre se valeu de uma legislação

275 STF – MI n. 670, rel. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, *DJ*, de 25.10.2007.

276 STF – MI n. 712, rel. Min. Eros Grau, *DJ*, de 25.10.2007.

preexistente para resolver o litígio presente no mandado de injunção. No caso da imunidade tributária, os requisitos para se qualificar uma entidade beneficente e sem fins lucrativos foram colhidos do Código Tributário Nacional; na hipótese da aposentadoria especial, adotou-se a sistemática do regime geral da previdência social para reger o direito dos servidores públicos; e, por fim, no caso da greve de tais servidores, igualmente se buscou amparo na legislação vigente que tratava da greve do setor privado. Em outras palavras, embora o Tribunal tenha agido de modo mais incisivo, ocupando, mesmo que de forma supletiva, o espaço deixado pelo legislador (e que deveria ser por este preenchido), em todas essas situações ele estendeu uma disciplina legal previamente adotada pelo legislador para uma situação jurídica ainda não regulada. Os parâmetros utilizados pelo Tribunal foram, portanto, retirados de leis preexistentes.

Situação diversa ocorreria se a Corte não contasse com parâmetros contidos em legislação vigente. Nessa hipótese, sua margem de liberdade seria bem mais ampla, o que tornaria o preenchimento do vazio normativo uma atividade mais complexa. Pode-se afirmar que a decisão do STF estaria mais próxima a de uma lei em sentido material, só que de caráter transitório. Seria, então, algo semelhante a uma *medida provisória judicial*, o que poderia suscitar críticas quanto à usurpação da função legislativa. Foi o que ocorreu no MI n. 1090, de que fora relator o ministro Gilmar Mendes. Neste caso, discutia-se a mora legislativa na regulamentação do direito ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, consoante previsto no art. 7º, XXI, da Constituição. O Tribunal enfrentou um grave obstáculo na tentativa de fixar um critério objetivo para cumprir a exigência constitucional da proporcionalidade. Foi então que a Corte, estrategicamente, decidiu suspender o julgamento do mandado de injunção, tendo em vista a existência projetos de lei que tramitavam no Congresso Nacional para regular a matéria. Ao final, foi aprovada a Lei n. 12.506/2011, que regulamentou o aviso prévio proporcional, servindo de parâmetro para o julgamento posterior do writ.

Do exposto, considerando todas as transformações que se verificaram no manejo do mandado de injunção, fica claro como a Corte expandiu seus poderes político-normativos. Ela abandonou a posição inicial, que se restringia a pronunciar a inércia do legislador, cientificando-o da mora legislativa. A reiterada omissão legislativa revelou que esse modelo de decisão não era satisfatório para assegurar o exercício de direitos fundamentais não regulados. Em outros termos, diante da eficácia limitada de preceitos constitucionais que exigiam

norma integradora, o STF também produzia decisões ineficazes. O estado de anomia, portanto, subsistia. Porém, ao se promover uma guinada em sua jurisprudência, a Corte firmou sua competência para suprir o vazio normativo, permitindo o exercício do direito subjetivo, inicialmente no caso concreto. O ápice desse movimento se deu com o reconhecimento da eficácia *erga omnes* das decisões em mandado de injunção, perfazendo um ciclo que eleva os poderes do STF, afastando-o, cada vez mais, da imagem do "legislador negativo".

Embora o novo figurino que o STF conferiu aos seus provimentos judiciais nessa ação possa ser objeto de questionamentos[277], verificou-se uma tendência a sua institucionalização. De fato, após quase três décadas, o Congresso Nacional, finalmente, aprovou a Lei n. 13.300, de 23 de junho de 2016, a qual disciplina o processo e julgamento do mandado de injunção[278]. Nela, esta expressamente prevista a possibilidade de se outorgar eficácia *erga omnes* às decisões judiciais "quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, liberdade ou prerrogativa objeto de impetração" (art. 9º, § 1º). Portanto, a construção promovida pela STF, fruto de seu ativismo na ocupação de vazios normativos deixados pelo legislador, acabou recendo a chancela do próprio legislador.

4.3. Criação ou alteração de norma constitucional

Em relação à segunda dimensão do ativismo judicial, é preciso esclarecer as premissas adotadas para se falar em criação e alteração de normas constitucionais. De uma maneira geral, a doutrina tem reconhecido a distinção entre "texto normativo" e "norma jurídica" no processo de interpretação/concretização do direito[279]. Aquilo que tradicionalmente se denomina "norma jurídica" ou

277 Para Ivo Dantas: "[...] a extensão de eficácia *erga omnes* pressupõe o STF como substituto do legislador, o que, em uma primeira análise, infringe o princípio da justeza ou conformidade funcional (HESSE, 1988, p. 67), cuja função é não permitir que os órgãos encarregados da intepretação constitucional cheguem a um resultado que subverta o esquema organizatório-funcional estabelecido pela CF." (DANTAS, Ivo, *Novo processo constitucional brasileiro*, cit., p. 345).

278 Para uma análise minuciosa do projeto que resultou na Lei do mandado de injunção, veja-se a coletânea de artigos em: MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima (Orgs.). *Mandado de injunção*: estudos sobre sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2013

279 ADEODATO, João Maurício. *A retórica constitucional*: sobre a tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 142; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1.200 e ss.; GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros,

"norma legal", a rigor são os enunciados normativos produzidos pelo legislador. A norma jurídica propriamente dita seria fruto da interpretação de um ou mais enunciados normativos, à luz de um caso concreto. Assim, quem produz a norma jurídica é o intérprete-aplicador. Nesse modo de pensar, o texto da norma se apresentaria como uma espécie de matéria-prima à qual o intérprete atribui significações, construindo a norma de direito para uma situação fática. Considerando que a linguagem dos enunciados normativos é marcada por um grau maior ou menor de plurivocidade semântica, é possível atribuir diferentes significações ao mesmo enunciado prescritivo. Daí afirmar-se que o ordenamento, em seu valor histórico-concreto, é um conjunto de interpretações, isto é, um conjunto de normas, ao passo que os textos normativos representam o ordenamento em potência, ou seja, são uma gama de possibilidades interpretativas, de normas potenciais.[280]

Mesmo para aqueles que não defendem que a interpretação jurídica consiste numa atividade livre do intérprete, é comum se ressaltar uma maior abertura na interpretação constitucional. Isto porque quanto menor a densidade semântica do enunciado normativo, maior a liberdade do intérprete. Assim, diante da inserção de um vasto rol de direitos fundamentais, princípios, preceitos programáticos e cláusulas abertas na Constituição, tal fator elevaria o poder criativo do juiz constitucional. O conteúdo indeterminado dos enunciados constitucionais contribui, portanto, para a elevação dos poderes do STF, permitindo-lhe alargar seu raio de locomoção com decisões ativistas através da criação e alteração de normas constitucionais que são incorporadas ao sistema normativo.[281]

Neste particular, convém destacar que não estamos defendendo um subjetivismo ou decisionismos no processo interpretativo. A distinção entre "texto" e "norma" não deve ser vista como um "cheque em branco" em favor do intérprete, como se este possuísse legitimidade para distorcer os sentidos dos

2002. p. 20; ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 22 e ss.; MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Tradução de Peter Naumman. 2. ed. rev. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 53.

280 ZAGREBELSKY, Gustavo. *Manuale de di diritto constituzionale*: i sistema delle fonti del diritto.Torino: UTET, 1988. v. 1, p. 69.

281 Como bem captado por Cristina Queiroz: "Existe uma relação inversamente proporcional entre a clareza do texto da norma e o poder de interpretação conferido ao operador jurídico. É, pois, essa precisão ou vaguidade dos textos jurídicos que distribui de forma variável os poderes do legislador e do juiz." (QUEIROZ, Cristina, *Interpretação constitucional e poder judicial*: sobre a epistemologia da construção constitucional, cit., p. 104).

enunciados normativos, sobretudo em nome de argumentos pragmáticos ou juízos particulares. Envolto a qualquer atividade interpretativa, verifica-se a pré-compreensão do sujeito, mas isso não deve justificar uma espécie de manipulação de significados que se adaptem melhor às valorações pessoais do intérprete. Logo, é preciso suspender tais pré-compreensões. Estamos, pois, a *descrever* um discurso jurídico-doutrinário que potencializa práticas ativistas.

Ainda em relação a esta dimensão do ativismo judicial, é importante relembrar que esta seria apenas *um* indício de atuação ativista de uma Corte. É que estamos a enfatizar as relações estruturais entres os poderes estatais e a maneira como o STF avança seus campos decisórios em detrimento de outras instâncias deliberativas. Por isso, não reduzimos o ativismo a um problema hermenêutico, de maior ou menor correspondência das decisões judiciais aos textos normativos. Faz-se necessário ir além desse critério e verificar se a Corte agiu ou não com deferência institucional a outra esfera estatal.

Nesse sentido, a primeira dessas decisões que se busca analisar diz respeito à indicação de parentes para cargos de livre nomeação e exoneração. Como se sabe, desde longa data verifica-se uma cultura de nepotismo que acarreta a apropriação do aparelho público para a satisfação de interesses particulares. Mesmo com a entrada em vigor da Constituição de 1988, esse cenário, na prática, não sofreu alteração sensível, apesar de existirem leis esparsas que disciplinaram a matéria[282]. Em tal contexto, o Conselho Nacional de Justiça, criado pela Emenda Constitucional n. 45/2004, expediu a Resolução n. 7/2005, vedando a prática de nepotismo no âmbito de todos os órgãos do Poder Judiciário. Ato contínuo, vários questionamentos surgiram a respeito da legitimidade constitucional dessa restrição, o que levou a Associação dos Magistrados Brasileiros a ingressar com ação declaratória de constitucionalidade a favor de tal resolução[283]. Basicamente, toda a discussão jurídica esteve fundamentada em princípios constitucionais. No que toca mais diretamente a essa dimensão do ativismo, alegou-se que a resolução violava o princípio da separação dos poderes, por subordinar os Tribunais ao Conselho Nacional de Justiça; o da legalidade, por criar impedimento de nomeação e contratação não previsto em lei; e o federativo, por subordinar os Tribunais estaduais a órgão de outro âmbito da Federação.

282 Como, por exemplo, a Lei n. 8112/90, eu seu artigo 117, VIII.

283 STF – MC ADC n. 12, rel. Min. Carlos Britto, *DJ*, de 01.09.2006.

O Tribunal, afastando todos esses argumentos, e em decisão unânime, decidiu pela constitucionalidade da resolução. A Corte partiu do pressuposto de que o Conselho Nacional de Justiça integra a estrutura do Poder Judiciário, não podendo, por isso, falar em agressão à separação dos poderes. Da mesma forma, o princípio federativo restou protegido, pois os Tribunais locais não estavam subordinados a um órgão federal, haja vista ter o Conselho Nacional de Justiça caráter nacional, compreendendo, portanto, toda a organização judiciária brasileira.

Não obstante, o argumento que mais fortemente permitiu uma construção normativa do STF diz respeito ao alcance do princípio da legalidade e à eficácia dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública. Esse ponto suscitou o questionamento do ministro Marco Aurélio, nos seguintes termos: "Onde há base constitucional para o Conselho Nacional de Justiça normatizar de forma abstrata, substituindo-se ao Congresso Nacional?"[284]. Sem dúvida, essa foi uma das questões centrais sobre a proibição do nepotismo pelo Conselho Nacional de Justiça. Para o Tribunal, a proibição do nepotismo não precisava estar prevista em lei, como se dependesse de uma adequação à legalidade estrita, pois o Poder Público deveria estar adstrito ao ordenamento jurídico como um todo[285]. O ministro Gilmar Mendes advertiu, dizendo que " é preciso ter cuidado para não entender como lei apenas a lei em sentido formal. O conceito de legalidade não faz referência a um tipo específico de norma, mas ao ordenamento jurídico como um todo". Em outros termos, continuou o ministro, "a Constituição diz que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa que não esteja previamente estabelecido na própria Constituição e nas normas dela derivadas".[286]

Dessa maneira, afastando o óbice representado pelo postulado da legalidade, a Corte passou a situar o ato do Conselho Nacional de Justiça como um desdobramento de outros princípios constitucionais. De pronto, o ministro Gilmar Mendes ressaltou que a indeterminação semântica dos princípios da moralidade e da impessoalidade não pode ser um obstáculo à determinação da regra da proibição do nepotismo. Citando García de Enterría, observou

284 STF – MC ADC n. 12, rel. Min. Carlos Britto, *DJ*, de 01.09.2006.

285 CF: "Art. 5º [...], II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em *virtude de lei.*"

286 STF – MC ADC n. 12, rel. Min. Carlos Britto, *DJ*, de 01.09.2006.

que em todo conceito indeterminado existe uma "zona de certeza". Logo, a regra proibitiva do nepotismo se encontra na "zona de certeza" dos referidos princípios constitucionais.[287]

É razoável defender que o ordenamento constitucional oferece elementos capazes para autorizar a criação de uma norma-regra que nulifica as contratações de parentes para ocupar funções no Poder Judiciário. Mas uma variante dessa ideia está em afirmar que tal proibição *sempre* esteve presente no sistema constitucional, como se a Corte simplesmente estivesse a desvelar um comando que mais ninguém conseguiu perceber desde a vigência da Constituição de 1988. É o que se nota do voto do ministro Carlos Britto, quando afirmou que:

> [...] as restrições constantes do ato normativo do CNJ são, no rigor dos termos, *as mesmas restrições já impostas pela Constituição de 1988, dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência e da igualdade, sobretudo.* Quero dizer: o que já era constitucionalmente proibido permanece com essa tipificação, porém, agora, mais expletivamente positivado.[288] (destaque no original)

Pode-se defender que essa estratégia argumentativa serve para ocultar o poder de criação normativa do Tribunal, pois busca transmitir a ideia de que a Corte apenas está exteriorizando um comando normativo que já estava embutido na Constituição. Não obstante, foram necessários mais de 15 anos para o reconhecimento pleno de que o nepotismo contraria valores constitucionais.

De maneira explícita, o ministro Joaquim Barbosa afirmou que, em tal caso, o Tribunal estava diante da oportunidade de desempenhar uma de suas magnas funções, a de estreitar o fosso que às vezes existe entre a sociedade e o microcosmo jurídico. Continuou tal ministro, sustentando que o direito não pode se dissociar de uma moral coletiva, de modo que compete ao Tribunal exercer uma função corretiva e restauradora da moral:

> Quando, em determinada sociedade, há sinais de dissociação entre esses valores comunitários e certos padrões de conduta de alguns segmentos do aparelho estatal, tem-se *grave sintoma* de anomalia, a requerer a intervenção da justiça constitucional como força intermediadora e corretiva.

287 STF – MC ADC n. 12, rel. Min. Carlos Britto, *DJ*, de 01.09.2006.

288 STF – MC ADC n. 12, rel. Min. Carlos Britto, *DJ*, de 01.09.2006

> Para além dos argumentos jurídicos, inúmeros neste caso, é essa função corretiva e restauradora de uma moral coletiva que o STF expressará nesta jornada, caso venha a ser declarada a constitucionalidade da norma do CNJ.[289] (destaque no original)

Na sequência, o Tribunal decidiu aprovar a Súmula Vinculante n. 13, que estendeu a proibição do nepotismo a todos os poderes do Estado, de todas as esferas federativas, inclusive vedando o chamado "nepotismo cruzado"[290]. Com isso, o STF incorporou ao sistema constitucional um preceito que até então não existia, e com força obrigatória para todo o aparelho estatal, nos âmbitos federal, estadual e municipal.

A segunda decisão do STF que ostenta a dimensão do ativismo aqui discutida cuidou do tema da infidelidade partidária como hipótese de perda de mandato parlamentar. Em relação a esse assunto, é necessário destacar alguns aspectos fundamentais. Durante o regime militar, o princípio da *fidelidade partidária* foi estabelecido pela Emenda Constitucional n. 1/69 com o seguinte teor:

> Art. 152. A organização, o funcionamento e a extinção dos partidos políticos serão regulados em lei federal, observados os seguintes princípios:
>
> [...]
>
> V - disciplina partidária;
>
> [...]
>
> Parágrafo único. Perderá o mandato no Senado Federal, na Câmara dos Deputados, nas Assembleias Legislativas e nas Câmaras Municipais quem, por atitudes ou pelo voto, se opuser às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos de direção partidária ou deixar o partido sob cuja legenda foi eleito. A perda do mandato será decretada pela Justiça Eleitoral, mediante representação do partido, assegurado o direito de ampla defesa.

289 STF – MC ADC 12, rel. Min. Carlos Britto, *DJ*, de 01.09.2006.

290 Súmula Vinculante n. 13: "A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal."

Porém, já nos ares da transição democrática, esse preceito foi revogado pela Emenda Constitucional n. 25/85. Na sequência, veio a Carta de 1988, que silenciou sobre esse assunto, provocando todo o debate que ocorreu no STF nos anos posteriores. Com efeito, logo no início da vigência da nova Constituição, o STF foi provocado para se manifestar acercar da subsistência da regra que considera a infidelidade partidária causa da perda do mandato parlamentar. Em sede de mandado de segurança, a Corte, por maioria, concluiu que a mudança da legenda pelo parlamentar não acarretava o fim do seu mandato[291]. Na decisão proferida no MS n. 20.927/DF, tem-se a seguinte ementa:

> - Em que pese o princípio da representação proporcional e a representação parlamentar federal por intermédio dos partidos políticos, não perde a condição de suplente, o candidato diplomado pela Justiça Eleitoral que, posteriormente, se desvincula do partido ou da aliança partidária pelo qual se elegeu.
>
> - A inaplicabilidade do princípio da fidelidade partidária se estende, no silêncio da Constituição e da lei, aos respectivos suplentes.

De acordo com a posição inicial do STF, diante do silêncio da Constituição, não seria possível punir o parlamentar em razão da troca do partido pelo qual foi eleito. É de relevo apontar que a perda de mandato em tal hipótese foi encarada como uma sanção ao parlamentar infiel. Do voto do ministro Moreira Alves, extrai-se claramente essa premissa, quando afirmou que "apesar de Carta Magna dar acentuado valor à representação partidária [...], não quis preservá-la com a adoção da sanção jurídica da perda de mandato, para impedir a representação de um Partido no Parlamento"[292]. Assim, não existindo regra expressa que autoriza o fim do mandato, a mudança de legenda seria considerada um ato válido.

Somando a esse argumento, o Tribunal entendeu que as causas de perda de mandato parlamentar estão definidas no artigo 55 da Constituição de 1988. E, nessa parte, não se incluiu a infidelidade com uma de suas hipóteses possíveis. Logo, sendo um rol taxativo, seria inviável, por meio de interpretação judicial, incluir a infidelidade partidária no referido rol. O ministro Sepúlveda Pertence

291 STF – MS n. 20.916/DF, rel. Min. Carlos Madeira; e MS n. 20.927/DF, rel. Min. Moreira Alves, *DJ*, de. 11.10.89.

292 STF – MS n. 20.927/DF, rel. Min. Moreira Alves, *DJ*, de. 11.10.89.

chegou a dizer que é "fundamental fugir à tentação de inserir no direito positivo as nossas convicções sobre o que ele deveria ser".[293]

Outrossim, considerando que o exercício dos direitos políticos é pressuposto para se ocupar cargo eletivo, o Tribunal também analisou a matéria à luz do artigo 15 da Constituição. Nesse preceito, situam-se as hipóteses, também taxativas, de perda e suspensão de direitos políticos. Desse modo, não havendo referência alguma à infidelidade partidária, esta não poderia ser invocada para conduzir à perda do mandato parlamentar.

Em reforço à tese que foi sendo construída no Tribunal, observou-se que a Constituição assegurou autonomia de organização e disciplina aos partidos políticos. Assim, como determina o artigo 17 da Constituição, cabe aos estatutos dos partidos definir as regras sobre fidelidade e disciplina partidárias. Com base nesse dispositivo, concluiu-se que a própria Constituição transformou o problema da infidelidade partidária em uma questão *interna corporis* de cada agremiação partidária. Ao parlamentar infiel, a legenda, com respaldo em seu estatuto, poderia aplicar-lhe alguma sanção, inclusive a sua expulsão do partido. Contudo, essa autonomia não chegaria ao ponto de extinguir o mandato parlamentar. Portanto, a vinculação ao partido foi considerada apenas uma condição de elegibilidade do candidato.

Com esses argumentos, estava firmada a posição do Tribunal: o parlamentar eleito por um partido poderia alterar de legenda ainda no curso de seu mandato, sem prejuízo da integridade deste. Esses casos paradigmáticos orientaram o funcionamento dos partidos e das coligações por 18 anos, quanto, então, ocorreu uma mudança vigorosa no tratamento da matéria. Em 27.03.2007, respondendo ao Pedido de Consulta n. 1.398, formulado pelo então Partido da Frente Liberal (PFL), hoje Democratas, o Tribunal Superior Eleitoral entendeu que os partidos e coligações partidárias mantêm as vagas obtidas pelo sistema proporcional quando houver pedido de cancelamento da filiação ou mudança do candidato eleito por um partido para outra legenda. Esse foi o início de uma interpretação evolutiva no ordenamento constitucional em matéria de fidelidade partidária.

Ainda no mesmo ano, essa controvérsia chegou ao STF por meio dos MS ns. 26.602, 26.603 e 26.604. Nessa oportunidade, o Tribunal, revendo sua posição inicial, passou a considerar a infidelidade partidária causa da perda de mandato, a menos que a troca de legenda ocorra por justa causa. Assim, reconheceu

293 STF – MS n. 20.916/DF, rel. Min. Carlos Madeira, *DJ*, de. 11.10.1989.

a relevância dos partidos políticos na democracia brasileira, fixando o princípio da fidelidade partidária como decorrência do sistema proporcional. Segundo o Tribunal, a fidelidade exprime um respeito não só aos cidadãos-eleitores, como também ao partido que propiciou a candidatura do parlamentar eleito. A Corte observou que as constantes trocas de agremiações partidárias pelos parlamentares após a diplomação representam um grave desvio ético-político e alteram os resultados das eleições fora do processo eleitoral. No limite, poder-se-ia até "zerar" a representação de um determinado partido, impedindo seu funcionamento na Casa Legislativa.

Ocorre que, embora nenhuma Corte Suprema tenha que permanecer engessada por sua jurisprudência antiga, espera-se que ao menos sejam demonstradas as razões pelas quais a posição anterior merece uma revisão. Por isso, o STF tinha que enfrentar, principalmente, as questões relacionadas à falta de previsão constitucional da infidelidade partidária como hipótese para a extinção do mandato e à taxatividade do elenco do artigo 55 da Constituição. O Tribunal manteve o entendimento de que esse dispositivo possui um rol taxativo, pois a perda do mandato nele prevista é considerada uma sanção ao parlamentar que incorre em alguma das situações ali disciplinadas. Porém, numa democracia de partidos, na qual os cargos eletivos não pertencem ao candidato, e sim ao próprio partido, a decisão em se desvencilhar, salvo por justa causa, da legenda pela qual se elegeu, acarreta a perda do mandato. Porém, não se cuida de uma punição. De fato, não se trata de sancionar o parlamentar eleito com a extinção do mandato. Como este pertence ao partido, a mudança do parlamentar representa uma *renúncia tácita* ao cargo eletivo, dependendo apenas da manifestação de vontade do ocupante da vaga. Como afirmou a ministra Cármen Lúcia, a desfiliação, embora lícita, não é juridicamente inconsequente, pois implica sacrifício de direito[294]. Da mesma forma como o parlamentar tem assegurado o direito à liberdade de filiação partidária, ele também tem a prerrogativa de deixar a legenda a qualquer momento. Mas, nesse caso, tendo sido eleito por tal legenda, a alteração posterior à diplomação conduz ao fim do mandato, permanecendo a vaga para o partido. Portanto, se o desligamento constitui simples manifestação de vontade do parlamentar e não se reveste de ilicitude, não há necessidade de previsão expressa no texto constitucional.

294 STF – MS n. 26.604, rel. Min. Cármen Lúcia, *DJ*, de. 04.10.2007.

Com o julgamento dos citados mandados de segurança, o STF introduziu no sistema jurídico uma nova regra constitucional, construída a partir de princípios abertos que, em outro momento, não levaram ao mesmo resultado. Vale transcrever o ponto de partida assumido pelo ministro Carlos Britto para o seu voto:

> Nesse modelo de ciência jurídica ou ciência do Direito, que é o pós-positivismo, os princípios são normas. A palavra norma tornou-se um gênero que se bifurca ou biparte em princípios e regras. O pós-positivismo, mais do que afirmar o caráter normativo dos princípios, atesta que eles são supernormas, as normas mais importantes do direito positivo, notadamente da Constituição, de modo que os princípios hoje, enquanto normas de proa, de primeira grandeza, ocupam a centralidade, a partir da Constituição, vale dizer, os princípios que, na nossa Constituição, se dotam das virtudes da onivalência, da auto-referência e da auto-aplicabilidade em muitas situações, são aptos a resolver casos concretos. É possível extrair deles as normas de que os operadores do Direito precisam para resolver as controvérsias.[295]

Cumpria-se, dessa maneira, a profecia lançada pelo então ministro Francisco Rezek, quando afirmou que "sei que o futuro renderá homenagem à generosa inspiração cívica da tese que norteou os votos dos eminentes Ministros Celso Mello, Paulo Brossard, Carlos Madeira e Sydney Sanches"[296]. Após essas decisões, o Tribunal Superior Eleitoral editou a Resolução n. 22.610/2007, com a redação alterada pela Resolução n. 22.733/2008, que buscou operacionalizar a interpretação do STF, na medida que disciplinou o procedimento a ser seguido para se decretar o fim do mandato do parlamentar infiel.

A terceira controvérsia julgada pelo STF que demonstra seu viés ativista diz respeito ao reconhecimento da união estável homoafetiva e foi apreciada em maio de 2011, tanto na ADPF n. 132, quanto na ADI n. 4.277, ambas sob a relatoria do ministro Carlos Britto. Os votos dos demais ministros que o acompanharam apresentaram algumas variações argumentativas, mas sem destoar dos aspectos centrais da posição do relator.

295 STF – MS n. 26.602, rel. Min. Eros Grau, *DJ*, de. 04.10.2007

296 STF – MS n. 20.927/DF, rel. Min. Moreira Alves, *DJ*, de. 11.10.89.

Após tecer considerações sobre a etimologia do termo "homoafetividade", destacando cuidar-se do vínculo de afeto e solidariedade entre pessoas do mesmo sexo, observou o ministro Carlos Britto que um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é o de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, cor, sexo, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV, da CF). No caso da união estável homoafetiva, esse vetor constitucional implicaria uma autêntica vedação a qualquer forma de discriminação baseada no sexo das pessoas. Não se está a afirmar que toda modalidade de desequiparação entre as pessoas seja uma violação à isonomia. Porém, salvo expressa disposição constitucional em contrário, é ilegítimo qualquer tratamento "desigualitário sem causa", na expressão do ministro Carlos Britto.

O objetivo explicitado na Constituição em se promover o "bem de todos" foi visto em sintonia com preâmbulo constitucional, que expressa a intenção da Assembleia Constituinte em instituir um Estado Democrático baseado nos valores de uma sociedade "fraterna, pluralista e sem preconceitos". Com apoio nesses elementos colhidos no texto constitucional, o ministro Carlos Britto defendeu a ideia de um "constitucionalismo fraternal", destinado à "integração comunitária das pessoas".[297]

Além disso, sustentou o ministro Carlos Britto que o texto constitucional em nenhum momento predeterminou o uso da sexualidade das pessoas, ou seja, não existe uma regra que estabeleça o uso concreto da sexualidade. Constatou-se, portanto, um silêncio constitucional que fundamenta a liberdade sexual como direito individual. Esse direito guarda estreita relação com a própria dignidade humana, na medida em que as preferências sexuais constituem importante fator de afirmação e autoestima pessoais. Logo, se as pessoas de preferência heterossexual apenas se realizam heterossexualmente, os homoafetivos apenas se realizam e são felizes homoafetivamente. É uma escolha individual, baseada na autonomia da vontade e no direito à intimidade, que têm aplicação imediata. Nessa linha de pensamento, não apenas se reconheceu a vedação a práticas discriminatórias entre homens e mulheres, mas também em razão das preferências sexuais de cada um. Ao contrário, o que existe é "o direito da mulher a tratamento igualitário com os homens, assim como o direito dos homoafetivos a tratamento isonômico com os heteroafetivos".

297 STF – ADI n. 4.277/DF, rel. Min. Ayres Britto, *DJ*, de. 05.05.2011.

Firmadas as premissas que dão sustentáculo à igualdade de gêneros, à liberdade sexual, à autonomia da vontade e à intimidade, o ministro Carlos Britto buscou projetar esses argumentos para a seara do direito de família. Aqui, entendeu que a Constituição de 1988 rompeu com o modelo formal e patriarcal de família. Ao reconhecer a família como "base da sociedade", não lhe emprestou nenhum significado ortodoxo ou de técnica jurídica. Para ele, cuida-se de um conceito cultural, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se composta por casais heterossexuais ou por pessoas homoafetivas. Dessa maneira, o ministro Carlos Brito conferiu ao termo "família" significado não reducionista, abarcando as entidades familiares constituídas pelo casamento, as famílias monoparentais e as famílias constituídas pela união estável, formada por pessoas do mesmo sexo ou não. Do contrário, o texto constitucional assumiria um "discurso indisfarçavelmente preconceituoso ou homofóbico".

Em relação ao principal argumento utilizado para não reconhecer a união estável homoafetiva, qual seja, a literalidade do artigo 226, parágrafo 3º, da Constituição, que expressamente se refere à união entre "homens" e "mulheres", o ministro Carlos Britto sustentou que a referência a ambos os gêneros teve como objetivo deixar clara a natureza familiar da relação informal, em regime de companheirismo, "sem papel passado", entre homem e mulher, por ser a mulher ainda vítima de preconceitos decorrentes de um modelo patriarcal de família. Assim, o preceito constitucional não teria o condão de discriminar os pares homoafetivos, senão o de afastar as discriminações em relação às mulheres não casadas.

Adotando uma linha de entendimento diversa, o ministro Gilmar Mendes observou que o que estava em discussão era "a afirmação do reconhecimento constitucional da união de pessoas do mesmo sexo, como concretização do direito de liberdade – no sentido do exercício de uma liberdade fundamental, de livre desenvolvimento da personalidade jurídica do indivíduo"[298]. Como o artigo 226, parágrafo 3º, da Constituição disciplina tão somente a união estável entre homem e mulher, estar-se-ia diante da falta de uma rede de proteção jurídica para os integrantes da união homoafetiva. Assim, considerando a falta de um modelo institucional satisfatório capaz de contemplar aqueles que buscam construir seus projetos de vida com parceiros do mesmo gênero, deveria existir um dever de proteção pelo Estado. Ainda na visão do ministro Gilmar Mendes,

298 STF – ADI n. 4.277/DF, rel. Min. Carlos Britto, *DJ*, de 05.05.2011.

embora existam regramentos pontuais que reconhecem a união homoafetiva, como se verifica, por exemplo, para fins tributários, previdenciários e no campo das inelegibilidades eleitorais, não se poderia afirmar que há uma proteção legal mais abrangente a favor dessa minoria. Isso significa que caberia ao legislador atuar no sentido de aprovar políticas públicas para suprir tal lacuna. A proteção mais efetiva não se daria por atos administrativos, regulamentos ou outros atos infralegais, mas sim por meio de uma legislação includente, voltada para a institucionalização dos direitos básicos dos parceiros homoafetivos. Dessa maneira, o ministro Gilmar Mendes divergiu do ministro Carlos Britto por não equiparar, pura e simplesmente, os regimes jurídicos da união estável heterossexual e homoafetiva. Optou, então, por limitar-se a reconhecer a existência da união estável entre pessoas do mesmo sexo, determinando a aplicação, no que couber, de um modelo de proteção semelhante ao que existe para a união estável entre homem e mulher.

Apesar da divergência, o fato é que a decisão da Corte acabou retirando os casais homoafetivos da clandestinidade jurídica em que se encontravam.

Portanto, na criação da norma constitucional que veda a prática do nepotismo no Poder Público, na que introduz a infidelidade partidária como causa do fim do mandato parlamentar e na que altera o preceito constitucional para estender o conceito de união estável às relações homoafetivas, o STF proferiu decisões com dimensão ativista que realça a produção ou alteração de normas constitucionais, fruto de interpretações baseadas na principiologia constitucional e que permite à Corte uma considerável margem de liberdade para decidir.

4.4. Expansão de poderes processuais e da força das decisões judiciais

O alargamento dos poderes político-normativos do STF, enquanto expressão do ativismo judicial, pode se traduzir na expansão de seus poderes processuais e da força de suas decisões. No primeiro caso, quer se referir a uma ampliação daquilo que é cognoscível pelo Tribunal, ou seja, do que ele entende que pode ser objeto de apreciação judicial. No segundo, aponta-se a elevação da eficácia das decisões da Corte. No fundo, essa modalidade de ativismo se relaciona com aspectos processuais da atuação do STF.

Uma primeira situação relevante para o fortalecimento do STF no controle abstrato de constitucionalidade envolve o objeto das ações diretas. Em princípio, desenvolveu-se o entendimento de que apenas leis e atos normativos que veiculassem normas *gerais* e *abstratas* poderiam ser objeto de ação direta. É o que se nota deste julgado:

> Objeto do controle normativo abstrato, perante a Suprema Corte, são, em nosso sistema de direito positivo, os atos normativos federais e estaduais. Refogem a essa jurisdição excepcional de controle os atos materialmente administrativos, ainda que incorporados ao texto de lei formal. Os atos estatais de efeitos concretos – porque despojados de qualquer coeficiente de normatividade ou de generalidade abstrata – não são passíveis de fiscalização abstrata, "em tese", quanto a sua compatibilidade vertical com o texto da Constituição. Lei estadual, cujo conteúdo veicule ato materialmente administrativo (doação de bens públicos a entidade privada), não se expõe à jurisdição constitucional concentrada do Supremo Tribunal Federal, em sede de ação direta.[299]

Dessa forma, estavam excluídos do campo de impugnação por meio do controle de constitucionalidade abstrato as leis e atos que, em seu bojo, trouxessem normas individuais e concretas, comumente denominadas "leis de efeitos concretos". Essa interpretação, todavia, acabou criando um obstáculo para que o STF analisasse diversas controvérsias constitucionais suscitadas a partir de atos que, embora editados sob a forma de lei, muitas vezes, inclusive, por exigência constitucional, não possuíam generalidade e abstração.

Posteriormente, porém, o STF sinalizou para uma mudança jurisprudencial, ao deixar assente que o caráter abstrato não deve estar presente na lei ou no ato objeto de ação direta, mas sim no modo como o controle de constitucionalidade é exercido pelo Tribunal. Em outras palavras, abstrato é o controle de constitucionalidade de leis feito independentemente de uma relação jurídica individual e subjetiva. Nas palavras do ministro Gilmar Mendes:

> Ora, se a Constituição submete a lei ao processo de controle abstrato, até por ser este o meio próprio de inovação da ordem jurídica e o instrumento adequado de concretização da ordem constitucional, não parece admissível que o intérprete debilite essa garantia da Constituição,

299 STF – ADI n. 643, rel. Min. Celso de Mello, *DJ*, de 03.04.92.

> isentando um número elevado de atos aprovados sob a forma de lei do controle abstrato de normas e, muito provavelmente de qualquer forma de controle. É que muitos desses atos, por não envolverem situações subjetivas, dificilmente poderão ser submetidos a um controle de legitimidade no âmbito da jurisdição ordinária. Ressalte-se que não se vislumbram razões de índole lógica ou jurídica contra a aferição da legitimidade das leis formais no controle abstrato normais, até porque abstrato – isto é, não vinculado a um caso concreto – há de ser o processo e não o ato legislativo submetido ao controle de constitucionalidade.[300]

De acordo com o novo posicionamento do STF, qualquer lei ou ato normativo (de caráter geral e abstrato ou individual e concreto) se submete ao processo de controle abstrato de constitucionalidade, mediante ação direta de inconstitucionalidade.

Essa nova interpretação representou um passo importante na elevação da autoridade do Tribunal para rever um conjunto significativo de atos emanados do Poder Executivo. De fato, embora não existam empecilhos para considerar as medidas provisórias atos normativos suscetíveis de apreciação em sede de controle abstrato, várias dessas medidas, bem como as leis delas resultantes, ficavam fora do campo de fiscalização judicial. Isso acontecia em relação às medidas provisórias sobre matéria orçamentária, que abriam, por exemplo, créditos extraordinários, pois, de acordo com a jurisprudência anterior do STF, tais medidas veiculavam meros atos administrativos, ou seja, normas individuais e concretas. Com a modificação dessa jurisprudência, o STF pôde intensificar seu papel na fiscalização da atividade normativa do Presidente da República. Assim, considerando os notórios excessos praticados no desempenho dessa atividade normativa atípica, a fixação da autoridade do Tribunal para rever normas orçamentárias instituídas por medidas provisórias representa um aumento de questões cognoscíveis pelos mecanismos de controle abstrato.

Por outro lado, um problema sensível em relação ao controle judicial das medidas provisórias diz respeito à avaliação de seus pressupostos constitucionais, quais sejam, "relevância" e "urgência". Como esses requisitos projetam uma considerável margem de discricionariedade para o Presidente da República, de início se entendeu que eles não poderiam ser aferidos judicialmente. Gradualmente, o Tribunal passou a reconhecer que esses requisitos constitucionais,

300 STF – MC ADI n. 4.048, rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ*, de 22.08.08.

embora sejam avaliados primeiramente pelo Presidente da República, não estão completamente imunes ao controle jurisdicional:

> A ocorrência dos pressupostos de relevância e urgência para a edição de medidas provisórias não estão de todo imunes ao controle jurisdicional, restrito, porém, aos casos de abuso manifesto, dado caráter discricionário do juízo político que envolve, confiado ao Poder Executivo, sob censura do Congresso Nacional.[301]

Não obstante aceitar, ao menos tese, o controle judicial dos critérios para a expedição das medidas provisórias, o Tribunal, não raro, evita ingressar no exame do juízo político do chefe do Poder Executivo. Uma decisão que pode ser considerada uma importante guinada em relação a essa postura mais deferente do Tribunal foi proferida quando do julgamento do pedido de concessão de medida cautelar na ADI n. 4.048, sob a relatoria do ministro Gilmar Mendes. Nesse caso, discutia-se a legitimidade da abertura de créditos extraordinários, com fundamento no artigo 167, parágrafo 3º, da Constituição, em favor da Justiça Eleitoral e de vários órgãos do Poder Executivo federal. Segundo essa regra constitucional, "a abertura de crédito extraordinário somente será admitida para atender a despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública, observado o disposto no art. 62". O problema estava em saber se, além dos pressupostos constitucionais para a edição das medidas provisórias, os requisitos da "imprevisibilidade" e "urgência" estavam presentes no caso concreto para autorizar a abertura do crédito extraordinário. Em seu voto, o ministro Celso de Mello deixou assente que os requisitos de "relevância" e "urgência", por integrarem a própria estrutura constitucional das medidas provisórias, possuem caráter eminentemente jurídico (e não político), o que bastaria para justificar a sindicabilidade pelo Poder Judiciário[302]. Além disso, contrastando as justificativas que acompanharam o texto da medida provisória questionada com as destinações dos valores que seriam abertos, o Tribunal concluiu que não havia situação imprevisível, nem urgente, tal qual guerra, comoção interna ou calamidade pública, que legitimasse esse ato do Poder Executivo, concedendo, ao final, a medida cautelar solicitada. De acordo com o ministro Gilmar Mendes:

301 STF – MC ADI n. 525, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ*, de 02.04.04.

302 STF – MC ADI n. 4.048, rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ*, de. 22.08.08.

> Ao contrário do que ocorre em relação aos requisitos da relevância e urgência (art. 62) que se submetem a uma ampla margem de discricionariedade do Presidente da República, os requisitos de imprevisibilidade e urgência (art. 167, § 3º) recebem densificação normativa da Constituição. Em outras palavras, os termos imprevisíveis e urgentes, como signos linguísticos de natureza indeterminada, são delimitados semanticamente, ainda que parcialmente, pelo próprio texto constitucional.[303]

Aqui, nota-se todo um esforço do Tribunal em conferir roupagem jurídica a aspectos da medida provisória, os quais, tradicionalmente, eram vistos como questões políticas. Outrossim, ainda que a Constituição exemplifique o que são situações imprevisíveis e urgentes, essa circunstância não tem o condão de atenuar substancialmente a carga de indeterminação presente naqueles requisitos. Portanto, à semelhança do que se dá em relação aos pressupostos de relevância e urgência, o da imprevisibilidade também é vago o suficiente para abrir uma razoável margem de discricionariedade para o Presidente da República. O que se tem, desta feita, é a predisposição do Tribunal em rever os juízos discricionários do chefe do Poder Executivo no uso, muitas vezes excessivo, das medidas provisórias.

Afora as situações descritas acima, importa ainda destacar um debate inaugurado entre os integrantes do STF sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no modelo difuso. Na Reclamação Constitucional n. 4.335/AC, seu relator, o ministro Gilmar Mendes, levantou como questão de ordem a viabilidade e conveniência de se estender a eficácia *erga omnes* e vinculante às decisões de inconstitucionalidade daquela Corte, quando proferidas no modelo difuso de controle de normas. Dessa maneira, ficaria superada a concepção tradicional de que as decisões no sistema diuso produzem apenas efeitos entre as partes do processo. Agora, não mais seria a resolução do Senado o ato responsável pela atribuição de eficácia geral às decisões do STF em controle difuso. Esse efeito seria, a rigor, uma decorrência automática da própria decisão da Corte, assim como ocorre no controle concentrado de normas. Então, caberia indagar: se o Senado Federal não mais suspenderia a eficácia da norma declarada inconstitucional pelo STF no controle difuso, qual seria sua nova função? Ao Senado caberia tão somente dar publicidade, pelo Diário Oficial do Congresso

303 STF – MC ADI n. 4.048, rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ*, de. 22.08.08.

Nacional, às decisões do STF. O ponto principal nessa polêmica é que a própria decisão do STF, também na via difusa, teria força normativa para suspender a eficácia da lei inconstitucional, dispensando a vetusta participação do Senado, baseada no artigo 52, X, da Constituição.

Os defensores dessa tese alegaram que dado o predomínio do modelo concentrado em detrimento do difuso, a regra geral passou a ser que as decisões de inconstitucionalidade do STF, de pronto, nulificam o ato inconstitucional, haja vista possuírem a força obrigatória geral. Por isso, em todas essas hipóteses, não há necessidade de intervenção do Senado Federal. O resultado é a constatação de que a competência desse órgão legislativo, prevista no artigo 52, X, tornou-se obsoleta e ultrapassada. O segundo fundamento se baseia em um imperativo da economia processual. O ministro Eros Grau observou que "o crescimento do número de litígios e a multiplicação de processos idênticos no âmbito do sistema de controle difuso são expressivos da precariedade da paz construída no interior da sociedade civil".

Convém observar que a mudança de concepção a respeito da competência do Senado não seria proveniente de uma reforma constitucional. Essa mudança resultaria de uma *nova interpretação* que o STF daria ao enunciado do artigo 52, X, ao resolver a questão de ordem suscitada na reclamação antes indicada. Aderindo à posição do ministro Gilmar Mendes, o ministro Eros Grau ressaltou que haveria uma autêntica *mutação constitucional* do referido preceito constitucional. Por isso, esse dispositivo passaria por uma releitura, ganhando um sentido mais adequado com o modelo de controle de normas existente atualmente no país.[304]

Após a ampla repercussão na comunidade jurídica ao longo de seu trâmite, o STF, no julgamento definitivo da mencionada reclamação, que culminou com o voto do Min. Teori Zavascki, entendeu não ser constitucionalmente viável a controvertida mutação proposta. Ao final, tem-se que a maioria dos ministros - Joaquim Barbosa, Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio Mello, Ricardo Lewandowsky, Rosa Weber e Luiz Roberto Barroso - votou contra a mutação do art. 52, X, CF-88, caracterizando-se um inevitável recuo na pretensão de avançar sobre a competência do Senado. Quanto a este ponto, nota-se uma clara manifestação de autorrestrição do STF, que reconheceu o papel atribuído

304 Apresentaram entendimento contrário a essa orientação os ministros Sepúlveda Pertence (aposentado), Joaquim Barbosa e Ricardo Lewandowski.

à casa legislativa, em atenção à norma constitucional e às práticas institucionais consolidadas. Interessa notar, ainda, o afastamento de uma das mais frequentes causas para a consolidação do ativismo judicial – a omissão dos titulares de poder no exercício de suas atribuições. Os ministros, ao atentarem para as oportunidades em que o Senado exerceu sua competência, não vislumbraram oportunidade para o esvaziamento da previsão normativa, o que somente ressalta a autocontenção da decisão sob este aspecto.

Por outro lado, o acórdão apresenta um aspecto ativista curioso. É que o principal argumento para a acolhida da Reclamação 4335-AC foi a violação, pela decisão de juiz singular, da Súmula Vinculante 26 do STF, fruto da deliberação do Tribunal Pleno em 16/12/2009, a qual dispõe:

> Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.

A Súmula Vinculante n. 26 foi editada em decorrência do julgamento do Habeas Corpus n. 82.959, precisamente o fundamento da reclamação sob análise. Consigne-se que as súmulas vinculantes inserem-se no movimento de ampliação e aprofundamento das competências do STF, cuja finalidade é assentar a jurisprudência firmada do tribunal, como se infere de seu requisito "após reiteradas decisões sobre matéria constitucional" (art. 103-A, CF), reduzir as controvérsias entre poderes e órgãos jurisdicionais e, por fim, diminuir o número de processos perante o Tribunal[305].

A Súmula Vinculante n. 26, editada três anos após o ajuizamento da reclamação, seria um fato superveniente, ocorrido no curso do julgamento do processo. Contudo, a regra do artigo 4º da Lei n. 11.417/2006 estabelece o efeito vinculante dos enunciados sumulares "a partir de sua publicação na imprensa oficial", regra impeditiva, inclusive, de eventual modulação que lhe confira efeitos retroativos. Assim, a súmula apenas passa a produzir efeitos a partir de sua publicação na imprensa oficial, de modo que, via de regra, terá eficácia *ex*

305 LEITE, Glauco Salomão. *Súmula vinculante e jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

nunc. Não se permitindo que tenha eficácia retroativa (*ex tunc*), então, quanto ao aspecto temporal, restaria apenas fixar uma data, posterior à sua publicação na imprensa oficial, que servisse como termo inicial da produção de seus efeitos. *Em outras palavras, o padrão é que a súmula desencadeie seus efeitos a partir de sua publicação, porém, já que se permitiu modular os efeitos, considerando que ela não pode apanhar situações pretéritas, essa modulação temporal serviria apenas para determinar uma data futura, que não a da publicação, para iniciar a produção de efeitos.* A súmula vinculante, portanto, sempre produzirá efeitos *pro futuro*, apenas que ou eles se iniciarão a partir da sua publicação ou, caso seja obtido o *quorum* de dois terços em nova deliberação, a partir de outra data que vier a ser fixada pela corte.

Mais que a questão intertemporal, a análise do julgamento da Reclamação n. 4335-AC mostra a propensão do STF à centralização da atividade interpretativa do texto constitucional. Neste sentido, tem-se a afirmação do Min. Teori Zavascki - seguido por Luís Roberto Barroso, Rosa Weber e Celso de Mello – de que as decisões do STF "têm-se revestido de eficácia expansiva, mesmo quando tomadas em controvérsias de índole individual" em decorrência das alterações promovidas pela Emenda Constitucional 45/2004, apesar da expressa regra do art. 52, X, da CF/88. E, para tal fim, foi empregado um instrumento que, desde sua introdução no ordenamento jurídico brasileiro, é cogitado como um mecanismo posto à disposição do STF para atribuir efeito vinculante ao controle difuso[306].

O Tribunal, assim, não se desgarrou da construção de uma cláusula de supremacia judicial sobre a interpretação da constituição. Ao revés, fortaleceu-a com a (re)afirmação da possibilidade de edição e emprego das súmulas vinculantes nas mais diversas situações, especialmente por utilizá-la como fundamento para fulminar decisões judiciais proferidas antes de sua edição. E, sob este aspecto, a decisão aponta para um ativismo judicial, na configuração do

306 Para Lenio Streck et al, "as súmulas perderam sua razão de ser, *porque valerão tanto ou menos que uma decisão por seis votos a cinco* (sempre com o alerta de que não se pode confundir súmulas com declarações de inconstitucionalidades)". STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade de Cattoni de; *et.al. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso:* mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=912> Acesso em: 03 set. 2009, p. 4-ss.

STF como instância hegemônica do debate constitucional, não apenas frente ao Poder Legislativo, com também em relação ao próprio Poder Judiciário[307].

4.5. Ativismo de precedentes

Como uma consequência da ascensão política e institucional do STF, constata-se a valorização de sua jurisprudência constitucional. Guardadas as devidas proporções entre os sistemas de *civil law* e *common law* em relação à importância atribuída ao direito produzido pelos Tribunais, é certo que a posição atual do STF o torna um dos principais responsáveis pela própria construção dos múltiplos sentidos do documento constitucional. Dessa maneira, a estabilidade de sua jurisprudência é um fator indispensável à própria segurança jurídica das relações sociais e institucionais. Sendo assim, o ativismo de precedentes se configura quando a Corte se afasta de uma posição anteriormente assumida, rompendo, assim, com uma linha de entendimento que norteava a solução de uma determinada controvérsia constitucional. Embora seja bastante frequente que a Corte se reporte aos seus precedentes como razão de decidir, muitas vezes como uma razão em si mesma e sem maiores preocupações com a justificativa por trás deles, não raro ela altera sua trajetória jurisprudencial, sem explicitar o anacronismo ou erro do entendimento que existia. Assim, o ativismo de precedentes representa uma atitude do Tribunal em ignorar seus próprios precedentes já firmados para situações semelhantes, reafirmando sua autoridade em estabelecer uma nova regra de decisão dali em diante. É certo, ainda, que essa dimensão do ativismo não exige necessariamente o reconhecimento por parte do Tribunal de estar rompendo com a sua jurisprudência. Por vezes, sem sinalizar explicitamente para uma alteração interpretativa, ele pode adotar uma solução que modifica ou esvazia uma intepretação prévia.

Feitos esses esclarecimentos, um caso que bem ilustra essa forma de ativismo judicial se refere à interpretação da regra constitucional sobre prerrogativa de foro para os ocupantes de elevados cargos e funções públicas. Como se sabe, cuida-se de garantia *intuitu funcionae*, voltada à preservação da independência e estabilidade das instituições cujos cargos são ocupados por pessoas que

307 LIMA, Flávia Santiago; LEITE, Glauco Salomão. Ativismo judicial ou autocontenção? A decisão vinculante no controle difuso de constitucionalidade e suas repercussões institucionais. In: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. Belo Horizonte: Fórum, ano 12, n. 16, jul./dez. 2014.

desempenham relevantes atividades públicas. A diferenciação de tratamento entre agentes públicos deve, pois, ser visto como um mecanismo de proteção do funcionamento da Administração Pública, e não como reverência à pessoa da autoridade investida em determinado cargo. Assim, o STF firmou entendimento no sentido de que não possuem prerrogativa de foro ex-ocupantes de cargos públicos ou mandatos eletivos, ainda que o crime tenha sido cometido durante o período em que esteve no cargo ou no exercício do mandato. Com base nisso, o Tribunal cancelou a Súmula n. 394, que dizia: "Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício". O ministro Celso de Mello foi enfático ao dizer:

> Nada pode autorizar o desequilíbrio entre os cidadãos da República. O reconhecimento da prerrogativa de foro, perante o Supremo Tribunal Federal, nos ilícitos penais comuns, em favor de ex-ocupantes de cargos públicos ou de ex-titulares de mandatos eletivos transgride valor fundamental à própria configuração da ideia republicana, que se orienta pelo vetor axiológico da igualdade.

Diante da interpretação que passou a prevalecer na Corte, se aquelas pessoas já não ocupam o cargo ou o mandato, não se justifica a prerrogativa de função[308]. Desse modo, caso algum parlamentar federal, por exemplo, seja cassado ou venha a renunciar ao mandato, perderá a prerrogativa de foro. Essa tem sido a interpretação prevalecente, que confere aplicação à tese da *atualidade do mandato*.

Contrariando a interpretação do STF, o Congresso Nacional aprovou a Lei n. 10.628/2002, que alterou a redação do artigo 84 do Código de Processo Penal, restabelecendo a prerrogativa de função para ex-ocupantes de cargos públicos. Contudo, o Tribunal declarou a inconstitucionalidade dessa regra, reforçando a tese presente em sua jurisprudência consolidada.[309]

Ocorre que, em duas situações, o Tribunal atenuou o vigor dessa interpretação. Assim, com a Lei n. 11.036/2004, resultante da conversão da Medida Provisória n. 270, editada no mesmo ano, conferiu-se natureza de ministro de

308 STF – AgR Inq n. 1.376, rel. Min. Celso de Mello, j. 15.02.2007, *DJ*, de 16.03.2007. No mesmo sentido: STF – QO Inq n. 2.010, rel. Min. Marco Aurélio, j. 23.05.2007, *DJe*, de 06.06.2008.

309 STF – ADI n. 2.797 e ADI n. 2.860, *DJ*, de 15.09.2005.

Estado ao cargo de presidente do Banco Central, a fim de estender-lhe o foro privilegiado no STF. Além disso, determinou que a "competência especial por prerrogativa de função estende-se também aos atos administrativos praticados pelos ex-ocupantes do cargo de Presidente do Banco Central do Brasil no exercício da função pública" (art. 2º, parágrafo único). Em desfavor dessa inovação legislativa, foi ajuizada a ADI n. 3.289/2005, tendo sido relator o ministro Gilmar Mendes. Nesse julgamento, o Tribunal não só admitiu a legitimidade constitucional da extensão da prerrogativa de foro ao cargo de presidente do Banco Central, como também aos ex-ocupantes de tal cargo.

Não se está a discutir a importância institucional do referido cargo, a fim de justificar o foro privilegiado. Porém, o Tribunal deixou de analisar os argumentos que sustentaram os precedentes anteriores e que, inclusive, embasaram a pronúncia de inconstitucionalidade da Lei n. 10.628/2002. Além disso, a própria maneira como se concedeu a prerrogativa de foro ao presidente do Banco Central causou estranheza para alguns ministros. Externando sua posição, o ministro Carlos Britto afirmou: "O que a lei não pode – no caso a Medida Provisória – é considerar Ministro quem Ministro não é, e não o é porque não dirige Ministério."[310]

A segunda ocasião em que a Corte flexibilizou sua posição se deu diante da problemática atinente à renúncia de parlamentar réu em ação penal ainda em tramitação. O Tribunal se deparou com uma situação inusitada, quando do julgamento do caso envolvendo Ronaldo Cunha Lima, acusado de tentativa de homicídio praticado em 1993. Na condição de deputado federal, a ação penal encontrava-se no STF. Porém, antes do início de seu julgamento, Ronaldo Cunha Lima renunciou ao mandato parlamentar, levantando o questionamento acerca da subsistência da competência do Tribunal para processar e julgar a ação penal. A ministra Cármen Lúcia, defendendo o prosseguimento da ação no STF, afirmou que a renúncia, nas circunstâncias do caso, representava uma tentativa de fraude à jurisdição do STF e que práticas como essa poderiam resultar na prescrição de crimes e na impunidade premeditada, burlando-se a legislação processual[311]. Porém, mantendo-se fiel à jurisprudência consolidada da Corte, decidiu-se, por maioria, que, considerando que a prerrogativa de foro apenas existe para o ocupante do cargo eletivo, em face

310 STF – ADI n. 3.289, rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ*, de. 05.05.2005.

311 STF – AP n. 333, rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJ*, de. 05.12.2007.

da renúncia, o Tribunal deixou de ter competência para julgar a ação, cabendo-lhe remeter os autos à Justiça comum.

Em 2010, o Tribunal teve que solucionar idêntica questão de ordem. Dessa vez, a ação penal tramitava contra o então deputado federal Natan Donadon. Procedendo da mesma maneira como fez Ronaldo Cunha Lima, Natan Donadon renunciou ao mandato, o que provocaria a retirada da ação penal do âmbito do STF. Porém, nesse caso, o Tribunal decidiu de maneira diametralmente oposta ao precedente anterior, ao sustentar que a renúncia não pode ser utilizada como subterfúgio para o deslocamento de competências constitucionalmente definidas, que não podem ser objeto de escolha pessoal[312]. O único a votar contra esse entendimento foi o ministro Marco Aurélio, que continuou defendendo a impossibilidade de se estender a prerrogativa de foro a ex-parlamentar.

O ministro Ricardo Lewandowski fez a seguinte ressalva:

> [...] no caso Cunha Lima, manifestei-me contrariamente a essa tese por entender que a competência do Supremo Tribunal Federal, fixada na Constituição, tem caráter absoluto. E, quando o parlamentar, no caso, perde essa condição, ele deixa de gozar do chamado "foro privilegiado". Mas, nesse caso específico, considerando as peculiaridades que ele encerra e verificando que o acusado pretende furtar-se à aplicação da lei penal e obter o benefício que a lei processual penal prescreve pelo decurso de prazo, que é exatamente a prescrição, entendo que esta renúncia se opera em fraude à lei, claramente.

Ora, como asseverar que a renúncia de Ronaldo Cunha Lima não tinha o mesmo objetivo de fraudar a lei que a renúncia de Natan Donadon? Ambos respondiam a ações penais e viram, na jurisprudência da própria Corte, a possibilidade de, ao menos, prolongar ainda mais o seu desfecho. Entretanto, no processo contra Natan Donadon, sobretudo diante da iminência da prescrição penal, o Tribunal pretendeu consertar o que considerou equivocado no caso "Cunha Lima".

Cumpre ressaltar que todas essas decisões acerca da prerrogativa de foro, especialmente com as alterações de posição do STF, foram proferidas diante dos mesmos enunciados constitucionais, que não sofreram modificação por reformas constitucionais. No último caso, nitidamente se percebe a preocupação do

312 STF – AP n. 396, rel. Min. Cármen Lúcia, *DJ*, de 20.10.2010.

Tribunal em não institucionalizar a impunidade por meio de atos de renúncia que mudam os rumos da marcha processual. Porém, se o ativismo de precedentes em tal ocasião buscou arrimo na necessidade de assegurar a própria efetividade da jurisdição, não menos certo é que ele trouxe dúvidas em relação a outros casos envolvendo ações penais contra ex-ocupantes de cargos eletivos.

Impulsionado pela mesma motivação – efetividade da jurisdição – a Corte fixou novo entendimento acerca do alcance da garantia individual da presunção de inocência prevista no artigo 5º, LVII, da CF. Desde o precedente firmado no HC n. 84.078/MG, de 2009, o Tribunal vinha reconhecendo que não poderia haver execução provisória de condenação criminal, já que era necessário aguardar o trânsito em julgado da sentença. De acordo com a nova orientação, a decisão proferida com a condenação por Tribunais de segunda instância, mesmo cabendo recurso, o réu já será obrigado a iniciar o cumprimento da pena[313]. Para alguns segmentos da comunidade jurídica, sobretudo a Magistratura e o Ministério Público, esta posição simboliza um importante ataque contra a impunidade e contra a "farra dos recursos".

No referido julgamento do HC n. 126.292, a maioria da Corte foi conduzia pelo voto do Min. Teori Zavaski, sendo dissidentes os Min. Marco Aurélio, Celso de Mello, Ricardo Lewandowsky e Rosa Weber. Em sua fundamentação, o Min. Zavaski iniciou ressaltando duas questões que deveriam ser enfrentadas no equacionamento da controvérsia: "(a) o alcance do princípio da presunção da inocência aliado à (b) busca de um necessário equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade, diante da realidade de nosso intricado e complexo sistema de justiça criminal.".

A respeito do princípio da presunção de inocência, o referido magistrado não deixou de tecer considerações sobre a relevância desta garantia constitucional para um processo criminal condizente com o Estado de Direito. De tal garantia, decorreria a necessidade de existir "reserva de dúvida acerca do comportamento contrário à ordem jurídica" atribuído ao acusado. Porém, seguiu discorrendo o Ministro, "a eventual condenação representa, por certo, um juízo de culpabilidade, que deve decorrer da logicidade extraída dos elementos de prova produzidos em regime de contraditório no curso da ação penal". Assim, a

313 HC n. 126.292, rel. Min. Teori Zavaski, d.j. 17.02.2016. Tal posição foi posteriormente ratificada no julgamento das ADCs n. 43 e 44, rel. Min. Marco Aurélio.

sentença condenatória em primeiro grau significaria a superação da presunção de inocência por um juízo de culpa, "embora não definitivo, já que sujeito, se houver recurso, à revisão por Tribunal de hierarquia imediatamente superior.". Na sequência, o Min. Teori Zavaski argumentou que é precisamente perante os Tribunais de segunda instância que se exaurem as possibilidades de discussão sobre fatos e provas que levaram à condenação do acusado: "noutras palavras, com o julgamento implementado pelo Tribunal de apelação, ocorre espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa.".

O argumento, como se vê, parte de premissas questionáveis. Desnecessário haver maiores esforços interpretativos para perceber que o modelo adotado pela CF/88 acerca da presunção de inocência determina que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória" (art. 5º, LVII). Portanto, o preciso momento a partir do qual alguém pode considerado culpado é com o trânsito em julgado da condenação e não com a sentença de primeira instância, nem com o acórdão de Tribunal de segundo grau. Duvidosa, desse modo, a ideia segundo a qual com a sentença condenatória em primeira instância a presunção de inocência restaria "superada" por um juízo de culpa. A CF não autoriza tamanha antecipação de culpa.

Além disso, a circunstância de que nos Tribunais de segundo grau se encerram as oportunidades para discutir a valoração de fatos e provas não significa reconhecer o trânsito em julgado de eventual condenação por tais Cortes. Ora, por "trânsito em julgado", como determina a CF, quer-se afirmar que não há mais possibilidade de recurso algum contra a decisão condenatória. Em suma, as alternativas de defesa do réu teriam se esgotado. Se é assim, não há como tornar definitiva a formação de culpa por Tribunal de segundo grau se contra sua decisão ainda cabem recurso especial (por violação à legislação federal) e/ou recurso extraordinário (por violação à CF). O fato de que, em tais recursos, não se admitir a rediscussão de fatos e provas certamente não é o mesmo que sustentar que não se pode questionar *coisa alguma*. Tanto é assim que, segundo o decano do Tribunal, o Min. Celso de Mello, pelo menos 25% dos recursos em matéria criminal que chegam ao STF são acolhidos integralmente[314]. Portanto, ao menos perante nosso sistema constitucional, as

314 Matéria publicada sob o título "Presunção de inocência: Celso de Mello e Marco Aurélio comentam mudança na jurisprudência do STF". In: Revista **Consultor Jurídico**, 18 de fevereiro de 2016. Acesso em 18.02.2016.

decisões de segundo grau, porque passíveis de recurso, não podem diminuir a presunção de inocência de alguém.

Sob outro viés, o Min. Teori Zavaski argumentou a necessidade de equilibrar a garantia da presunção de inocência com a efetividade da função jurisdicional em matéria penal, em ordem a resguardar "valores caros" à sociedade. Embora isso não tenha sido referido em seu voto, a referência à ideia de equilíbrio sugere tratar a presunção de inocência como princípio jurídico a ser ponderado com outros interesses, o que, ao menos em tese, justificaria flexibilizações mediante sopesamentos. Ocorre que, se esta fosse a linha argumentativa pensada pelo magistrado, a presunção de inocência, tal como prevista na CF, não é princípio, e sim regra. E, como tal, deve ser aplicada em toda sua inteireza. Não estaria sujeita a ponderações ou sopesamentos, portanto. Então, deveria ter sido seguida a lógica do *tudo ou nada*.

Além disso, o magistrado considerou que o ajuizamento de recursos perante os Tribunais Superiores poderia ser causa de impunidade, pois, diante da morosidade do Poder Judiciário, haveria o risco de se alcançar a prescrição, ocasionando a extinção de punibilidade do crime. Trata-se de argumento meramente consequencialista, sem qualquer respaldo constitucional. A lentidão do Poder Judiciário não legitima subverter o sentido de um preceito constitucional. Afinal, os direitos e garantias individuais consubstanciam escudos do indivíduo em face do próprio Estado, de modo que a persecução penal só pode ser validamente conduzida se realizada dentro das regras do jogo fixadas constitucionalmente. O fato de existir morosidade no Poder Judiciário não é motivo suficiente para relativizar uma importantíssima garantia constitucional, como o é a presunção de inocência. Pensar dessa maneira é transferir para o cidadão o peso da falta de uma política séria, racional e minimamente eficiente contra a morosidade .

Dessa maneira, em vez de o STF envidar esforços como protagonista de um diálogo institucional na formulação de uma política judiciária consistente que levasse em conta a celeridade processual, reformulação do Direito Processual Penal e redução de suas próprias competências (que inviabilizam sua parcela de atividade), elegeu o pior meio para resolver problemas do próprio Judiciário: retroceder na tutela dos direitos fundamentais.

Neste cenário, considerando que a decisão afrontou literalmente um enunciado constitucional de sentido clarividente (outra dimensão ativista da decisão), o STF não atuou apenas como "legislador positivo". Tampouco atuou como poder reformador, pois os direitos e garantias individuais não podem ser esvaziados nem por emendas constitucionais (art. 60, §4º, CF). A Corte se tran-

substanciou em poder constituinte permanente, ou seja, em autoridade política soberana, capaz de reescrever cláusulas constitucionais como lhe aprouver, inclusive alterando sua própria jurisprudência dominante.

4.6. Ativismo contramajoritário

O ativismo judicial contramajoritário diz respeito à forma de atuação do Tribunal na revisão das decisões políticas do legislador democrático. Porém, como tem sido destacado ao longo do trabalho, não se confunde o controle de constitucionalidade das leis com ativismo judicial. A possibilidade de o Tribunal expandir seus poderes em detrimento do legislador é verificada quando o controle de constitucionalidade das leis é realizado à luz de parâmetros vagos e indeterminados. Nessas situações, a invalidação de uma lei pode representar a substituição das opções políticas razoáveis do legislador por aquelas defendidas pela Corte. Assim, para evitar o risco de invasão na seara política dos representantes eleitos, o Tribunal apenas deveria anular uma lei quando a inconstitucionalidade fosse manifesta (*plain and clear*). De outro modo, caberia ao Tribunal respeitar as escolhas do legislador quando elas se mostrassem razoáveis, ainda que, na visão dos juízes, não fossem as melhores.

Além disso, considera-se o ativismo contramajoritário não só quando, da decisão do Tribunal, decorre a anulação de alguma norma legal. Atualmente, os Tribunais Constitucionais e Cortes Supremas não lidam apenas com o binômio constitucionalidade/inconstitucionalidade. Diante da complexidade que existe em certas situações, os Tribunais têm utilizado técnicas decisórias que resultam ou na exclusão de uma possível interpretação da lei ou no acréscimo de um conteúdo não contemplado inicialmente pelo legislador. Assim, quando o STF se vale das técnicas da declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto e da interpretação conforme à Constituição, sua decisão não implica o desfazimento do diploma legal. Na verdade, ele está lidando com possibilidades interpretativas desse diploma, determinando como ele deve ser aplicado ou quais interpretações não são legítimas perante a ordem constitucional.

Nesse sentido, enquadra-se nessa hipótese de ativismo a decisão do STF a respeito do aborto de fetos anencefálicos[315]. Sem dúvida alguma, cuidou-se de

315 STF – ADPF n. 54, rel. Min. Marco Aurélio, *DJ*, de 12.04.2004.

um dos casos mais emblemáticos já apreciados pelo Tribunal, conduzindo-o à prolação de uma decisão histórica. Como é de amplo conhecimento, o cerne do problema estava em saber se a legislação penal brasileira, ao tipificar o aborto como crime, também incluía nessa hipótese a interrupção da gravidez, quando constatada a anencefalia do feto. Assim, considerando que o artigo 128 do Código Penal apenas autoriza o aborto quando necessário para salvar a vida da gestante ou quando a gravidez resulta de estupro, não existe normal legal expressa autorizando a interrupção da gravidez nos casos de anencefalia. Desse modo, a princípio, se essa interrupção não figura como uma das causas excludentes da ilicitude do aborto, então uma primeira interpretação do dispositivo legal conduziria a caracterizá-lo como crime.

Importa observar que a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), entidade que ingressou com a ADPF perante o STF, não pretendia a chamada descriminalização do aborto para todas as situações. Ao contrário, o tipo penal continuaria existindo, mas, em sua visão, dever-se-ia considerar fato atípico quando a interrupção da gestação envolvesse fetos anencefálicos, tendo em vista não estar diante de uma vida em potencial.

Na decisão, os ministros se debruçaram sobre uma plêiade de argumentos que compreendiam a laicidade do Estado, o direito à vida do feto, a autonomia de vontade da gestante, a dignidade humana e o direito à saúde. Vê-se, portanto, a densidade axiológica e a indeterminação dos parâmetros constitucionais aplicáveis ao caso concreto, de modo que alguns deles foram invocados para justificar teses opostas. Como notado pelo ministro Ricardo Lewandowski, tanto os que são favoráveis à interrupção extemporânea da gravidez, quanto os que são contrários a ela fazem referência, de maneira enfática, ao princípio da dignidade humana.[316]

Somado a esses critérios já bastante imprecisos, o ministro Luiz Fux foi além. Mesmo reconhecendo que a controvérsia envolvia um dissenso moral razoável numa sociedade pluralista, o magistrado passou a invocar o valor "justiça" para orientar o seu voto:

> O que o Supremo Tribunal Federal tem que analisar é se é justo, sob o ângulo criminal, colocar uma mulher que, durante nove meses, leva em seu ventre um feto anencefálico, o qual não tem condições de vida, no

316 STF – ADPF n. 54, rel. Min. Marco Aurélio, *DJ*, de 12.04.2004.

> banco do Júri, porque aborto é crime contra a vida e sujeito à competência do Júri. E sabemos que, dependendo da comunidade, o Júri tem as suas propensões. Dependendo da influência [...], já localidades em que essa condenação pelo Tribunal do Júri é absolutamente certa. E essa é a questão que não cala. Seria justo?[317]

Ao final, o Tribunal julgou procedente o pedido para reconhecer a exclusão da antecipação terapêutica do parto de feto anencefálico do âmbito de incidência da norma penal. Porém, aspectos importantes a respeito do papel do STF na jurisdição constitucional foram ressaltados no acórdão. O ministro Ricardo Lewandowski defendeu a linha da autolimitação judicial, afirmando que o STF, "à semelhança do que ocorre com as demais Cortes Constitucionais, só pode exercer o papel de legislador negativo, cabendo-lhe a relevante – e por si só avassaladora – função de extirpar do ordenamento jurídico as normas incompatíveis com o Texto Magno". Embora a própria Corte já tenha afirmado em várias ocasiões que o dogma do legislador negativo está superado e que ele não mais reflete o seu mister no Estado Democrático de Direito, o referido ministro utilizou esse recurso como expediente retórico a favor da autorrestrição. Em outros termos, a imagem do legislador negativo não condiz com a realidade do STF.

Além disso, observou o magistrado que existem projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional a respeito da matéria, e que, diante da polêmica que permeia o assunto, ainda não se chegou a um consenso entre os parlamentares. Desse modo, entendeu que reconhecer o direito ao aborto de feto anencefálico, por meio de decisão judicial, seria uma maneira de inovar a ordem jurídica, substituindo-se ao legislador: "[...] não é dado aos integrantes do Poder Judiciário, que carecem da unção legitimadora do voto popular, promover inovações no ordenamento normativo como se parlamentares eleitos fossem."[318]

Em outra vertente, o ministro Gilmar Mendes chamou a atenção para os cuidados que se deve ter ao buscar solucionar a problemática referente ao aborto de feto anencefálico com fundamento no princípio da dignidade humana ou mediante recurso a uma ponderação de princípios. Advertiu que isso poderia conduzir a uma tirania de valores e que a adjudicação judicial, em situações

317 STF – ADPF n. 54, rel. Min. Marco Aurélio, *DJ*, de 12.04.2004.

318 STF – ADPF n. 54, rel. Min. Marco Aurélio, *DJ*, de 12.04.2004.

sensíveis como essa, seria temerária e complexa. Apesar de também ter feito alusão aos desacordos morais que existem nas sociedades contemporâneas, defendeu que a discussão sobre o aborto de fetos anencefálicos, e não sobre o aborto de uma maneira geral, não constitui um desses dissensos. Defendeu a necessidade de se adotar uma interpretação evolutiva da legislação penal, extraindo-se das próprias opções do legislador ordinário a solução adequada para o caso concreto:

> Não é o caso de comparação entre os danos psíquicos causados pela frustração proveniente de um diagnóstico de anencefalia e aquele oriundo de uma gravidez resultante de estupro, porém, neste último caso, a legislação não pune o aborto em que o feto é perfeitamente saudável, ao passo que a mesma legislação ainda não disciplinou o aborto dos fetos anencéfalos, em que também há o dano psíquico à gestante, aliado à inviabilidade quase certa de vida extrauterina do feto.
>
> Essas constatações permitem concluir [...] que o aborto de fetos anencéfalos está certamente compreendido entre as duas causas excludentes de ilicitude, já previstas no Código Penal, todavia, era inimaginável para o legislador de 1940.[319]

Diferentemente do ministro Ricardo Lewandowski, o ministro Gilmar Mendes reconheceu abertamente que o STF estava agindo como legislador positivo, introduzindo, em termos práticos, uma nova regra na legislação penal:

> Ao rejeitar a questão de ordem suscitada pelo Procurador-Geral da República, o Tribunal admitiu a possibilidade de, ao julgar o mérito da ADPF 54, atuar como verdadeiro legislador positivo, acrescentando mais uma excludente de ilicitude – no caso de o feto padecer de anencefalia – ao crime de aborto.
>
> [...]
>
> Acolho a hipótese de que a Corte criará, ao lado das já existentes (art. 128, I e II) uma nova hipótese de excludente de ilicitude do aborto.
>
> Portanto, não se pode negar que o Supremo Tribunal Federal está a se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e, nesse passo, alia-se à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões inter-

319 STF – ADPF n. 54, rel. Min. Marco Aurélio, *DJ*, de 12.04.2004.

pretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais europeias.[320]

Portanto, mesmo sem ter invalidado uma norma legal, o STF atribuiu um novo sentido ao artigo 128 do Código Penal, enxertando-lhe um significado que não fora expressamente pretendido pelo legislador. Outrossim, vale ressaltar que, embora na década de 40 os recursos tecnológicos no campo da medicina não permitissem o diagnóstico antecipado da anencefalia, de modo que essa situação não teria como ser discutida pelo legislador naquele momento, atualmente a situação é outra. E a prova disso é que os próprios ministros citaram projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional. Ora, se não houve consenso entre os parlamentares para aprovar qualquer desses projetos a fim permitir o aborto de feto anencefálico, o STF acabou decidindo em seu lugar, o que constitui um intenso ativismo contramajoritário.

4.7. Maximalismo judicial

O maximalismo judicial diz respeito ao modo de decidir dos Tribunais e se opõe ao minimalismo. Decisões maximalistas se caracterizam pela extensão e profundidade dos fundamentos utilizados para solucionar um caso concreto. Dessa maneira, busca-se exaurir a abordagem dos temas presentes em determinada situação, incursionando em aspectos morais, políticos, históricos, econômicos e científicos. Assim, faz-se uma leitura bastante diversificada do texto constitucional, construindo-se uma tese mais que necessária para o deslinde do caso. Ao seu turno, decisões minimalistas são aquelas que se restringem a enfrentar os pontos estritamente necessários para solucionar o caso concreto, sem fixar vetores que devem ser seguidos para casos análogos. Dessa maneira, atendo-se apenas ao imprescindível para cuidar do caso concreto, o juiz minimalista deixa um espaço que pode ser ocupado pelas instâncias políticas. Assim, enquanto o maximalismo é visto como uma postura tendente a sufocar os canais de deliberação democráticos, o minimalismo permite uma atuação mais livre dos demais órgãos estatais, ao deixar o máximo possível em aberto.

Na ADPF n. 54, o ministro Luiz Fux defendeu expressamente o minimalismo em relação a um aspecto da controvérsia. É que, se o Tribunal estava

320 STF – ADPF n. 54, rel. Min. Marco Aurélio, *DJ*, de 12.04.2004.

a autorizar o aborto de fetos anencefálicos, essa decisão poderia suscitar dúvidas em relação a outras doenças que, como a anencefalia, podem inviabilizar o desenvolvimento do feto. Assim, tendo ciência da elevada complexidade e dos profundos dissensos nesse debate, o referido ministro defendeu que o Tribunal deveria ficar adstrito à questão da criminalização do aborto de feto anencefálico:

> Seria, no meu modo de ver, extremamente prematuro que o Supremo Tribunal Federal buscasse solucionar, como se legislador fosse, todas as premissas de um intenso debate que apenas se inicia na nossa sociedade, fruto do pluralismo que lhe caracteriza.
>
> [...]
>
> A trilha minimalista faz muito sentido quando o Tribunal está lidando com questão constitucional de alta complexidade, sobre a qual muitas pessoas possuem sentimentos profundos e sobre a qual a nação está dividida, em termos morais ou outros quaisquer. O Tribunal, e os Tribunais, portanto, tentam economizar no desacordo moral mediante a recusa em adotar os compromissos morais profundamente assumidos por outras pessoas, quando desnecessários para decidir o caso. Por essa razão, estou adotando essa postura de contenção judicial à hipótese de criminalização da mulher que realiza a antecipação terapêutica do parto em razão da anencefalia do feto.[321]

Por outro lado, quando do julgamento da constitucionalidade da Lei n. 11.105/2005 (Lei de Biossegurança), que autoriza as pesquisas com células-tronco embrionárias, o Tribunal adotou postura diversa. É certo, contudo, que ele não declarou a inconstitucionalidade da norma impugnada, tendo sido esse julgamento, nas palavras do ministro Celso de Mello, o mais importante de todos na história do STF. Todavia, não hesitou em submetê-la a um exame pormenorizado.

Atuando como advogado de um dos *amici curiae*, Luis Roberto Barroso destacou que essa lei foi aprovada por ampla maioria tanto na Câmara dos Deputados, quanto no Senado Federal, e recebeu apoio de todas as agremiações partidárias, após uma série de debates públicos. Além disso, ressaltou que ela tratou das pesquisas com células-tronco embrionárias com bastante responsabilidade,

321 STF – ADPF n. 54, rel. Min. Marco Aurélio, *DJ*, de 12.04.2004.

pois a autorização para tal fim é restrita aos embriões congelados há mais de três anos e desde que haja a anuência dos doadores. Com essa disciplina, a lei recebeu o apoio de várias entidades científicas e de tantas outras que atuam na proteção das pessoas com deficiência. Ao final, afirmou o então advogado que o papel do STF deve ser o de invalidar leis apenas quando manifestamente inconstitucionais, o que não era o caso da Lei de Biossegurança. Portanto, caberia ao STF abster-se de anular a lei, respeitando as escolhas políticas razoáveis do legislador democrático.

Mesmo assim, com naturalidade, o Tribunal passou a analisar o teor da lei, desenvolvendo uma fundamentação densa a respeito do princípio da dignidade humana, da laicidade do Estado, da bioética, das teses acerca do início da vida, do princípio da responsabilidade, tudo numa perspectiva multidisciplinar, haja vista a questão compreender dilemas éticos, científicos, religiosos e jurídicos. Dessa maneira, como dito pelo ministro Gilmar Mendes, os debates em torno das pesquisas com células-tronco embrionárias não se esgotaram no Congresso Nacional, renovando-se com mais intensidade no STF, só que com a racionalidade argumentativa e procedimental da jurisdição constitucional. O Tribunal, portanto, se vê como um órgão que não apenas pode desfazer uma opção política do legislador, como também pode comparar a qualidade constitucional das soluções parlamentares com as defendidas pelo próprio Tribunal. Isso fica claro, por exemplo, com a argumentação sustentada pelo ministro Gilmar Mendes, que considerou que a Lei de Biossegurança promoveu uma proteção deficiente na normatização das pesquisas com células-tronco embrionárias. Para tanto, comparou a legislação brasileira com a de outros países, como Alemanha, Austrália, França, Espanha e México, asseverando que, ao contrário do que se verifica na insuficiente legislação nacional, a lei espanhola disciplinou a matéria em noventa artigos, quinze capítulos, oito títulos, além das disposições transitórias. Além disso, o referido magistrado recomendou a criação de um Comitê Central de Ética e Pesquisa, órgão vinculado ao Ministério da Saúde, que fosse responsável pela autorização das pesquisas com tais células.

Não estava em discussão se a legislação brasileira era melhor ou pior que a de outro país, mas tão somente se ela apresentava alguma inconstitucionalidade evidente. Observe-se, ainda, que mesmo reconhecendo que a Lei de Biossegurança foi fruto de um amplo debate no Congresso Nacional, e mesmo assim, não foi prevista a criação de um Comitê de Ética e Pesquisa, o enfren-

tamento dessa questão, além de ser desnecessário para fins de considerar a lei constitucional ou inconstitucional, revela a predisposição em complementar o trabalho do legislador ordinário, aperfeiçoando-o à luz do que se considera politicamente desejável.

Em outra questão, o Tribunal começou a se inclinar para uma decisão maximalista. A controvérsia se refere ao financiamento de partidos políticos por pessoas jurídicas, conforme previsto na legislação eleitoral. Em ação proposta pelo Conselho Federal da OAB, questionava-se a constitucionalidade do modelo de financiamento de partidos, que provoca distorções no jogo político, em razão da prevalência de fatores econômicos[322]. Observa-se dos votos proferidos que o Tribunal orienta-se por uma decisão maximalista, discorrendo sobre a moralidade no processo político, igualdade de chances e poder econômico de grandes empresas. Porém, de acordo com a posição assumida, o Tribunal não se limitou a declarar a inconstitucionalidade das normas legais, que serviram inclusive para regular as eleições ocorridas até aquele momento. Ele passou a sugerir, em sua fundamentação, um novo modelo de financiamento de partidos. Em outros termos, a Corte, além de deduzir de princípios e valores abstratos as razões para decidir, não se limitou a pronunciar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma. Ele avança e discorre sobre um modelo tido com constitucionalmente adequado, apresentando diretrizes para as deliberações políticas do Congresso Nacional, numa nítida atuação como *policy-maker*.

Por fim, a dimensão maximalista também pode ser identificada no voto do Min. Luís Roberto Barroso por ocasião do julgamento das ADCs. 43 e 44 a respeito da presunção de inocência. Além de resultar em alteração do sentido literal do preceito constitucional e de ter promovido uma guinada jurisprudencial no tema, sendo estas outras duas facetas ativistas do *decisum*, a fundamentação particular do citado ministro apresenta argumentação que muito extrapola o necessário para a solução da controvérsia. O que se afirma já pode ser inferido de um dos tópicos do seu voto intitulado "Fatores importantes na construção de um país e o papel do Direito Penal". Nele, o ministro destaca que a construção do país idealizado pelo constituinte de 1988 exige:

> (i) *educação de qualidade* desde a pré-escola, para permitir que as pessoas tenham igualdade de oportunidades e possam fazer escolhas esclarecidas

322 STF – ADI n. 4.650, rel. Min. Luiz Fux.

> na vida; (ii) *distribuição adequada de riquezas*, poder e bem estar, para que as pessoas possam ser verdadeiramente livres e iguais, e se sentirem integrantes de uma comunidade política que as trata com respeito e consideração; e (iii) *debate público democrático e de qualidade*, no qual a livre circulação de ideias e de opiniões permita a busca das melhores soluções para as necessidades e angústias da coletividade.

Na sequência, arremata o ministro: "Dentro desta perspectiva, o direito penal está longe de figurar no topo da lista dos instrumentos mais importantes para realizar o ideário constitucional de fraternidade, pluralismo e tolerância". A linha argumentativa desenvolvida pode mesmo ser considerada ambiciosa e surpreende enquanto estilo de fundamentação de decisão, aproximando-se de um discurso político-ideológico, de cujas premissas não derivam, necessariamente, as conclusões a que se chegou para o deslinde do caso concreto. Sem dúvida, cuida-se de significativo exemplo de maximalismo judicial.

4.8 Imposição de obrigações positivas ao Poder Público

Esta última dimensão do ativismo judicial envolve a imposição expansiva de obrigações positivas para os entes da Administração Pública. No Brasil, essa problemática diz respeito ao cumprimento das normas constitucionais que fixam diretrizes ou metas para o Estado. Como se sabe, por muito tempo prevaleceu o entendimento segundo o qual, por serem apenas normas programáticas, elas não poderiam criar direitos subjetivos a serem exigidos judicialmente pelo seu titular. Porém, a postura foi se alterando gradativamente, de modo que o STF, sob certas circunstâncias, tem dado concretude às normas constitucionais programáticas. Conforme foi dito pelo ministro. Celso de Mello:

> O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). [...] O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto

> irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.[323]

O afastamento do caráter programático dos direitos sociais é, de fato, um grande avanço na dogmática dos direitos fundamentais. Porém, isso impulsiona a busca pelo Poder Judiciário para o acesso aos bens e serviços públicos relacionados aos direitos prestacionais. Isso significa que problemas de eficiência administrativa na execução de políticas públicas têm sua legitimidade questionada na esfera judicial, transferindo para esse *locus* o conflito entre o indivíduo e o Estado. Em outras palavras, amplia o raio de atuação do STF, que se torna ele próprio uma arena política de reivindicação de direitos prestacionais. Por outro lado, diminui-se a margem de discricionariedade da Administração Pública.

A circunstância de se admitir que os direitos sociais, como o direito à saúde, são direitos subjetivos não implica uma ampla e irrestrita tutela judicial[324]. As normas que asseguram direitos fundamentais (prestacionais ou não) estabelecem que algo deve ser concretizado na maior medida do *possível*, respeitadas as limitações fáticas e jurídicas, razão pela qual são tidas como mandamentos de otimização[325]. A referência aos *limites* é relevante para se compreender que os direitos fundamentais estão condicionados à satisfação de condições fáticas e materiais. Daí que há de se levar em conta o custo dos direitos. Comumente se imagina que apenas os direitos sociais, por envolverem direitos a prestações estatais, conduzem a um custo financeiro. O argumento é falso. Os direitos individuais e liberdades públicas também dependem, em certa medida, de prestações estatais[326]. Sem investimento em segurança pública, haveria o risco de violação ao direito à propriedade privada, em razão da possibilidade de invasões e outras agressões. O direito político ao sufrágio depende de investimentos que viabilizem a realização e regularidade de todo o pleito eleitoral. Por que, então,

323 STF – AgR RE 393175, rel. Min. Celso de Mello, *DJ*, de 12.12.06.

324 Neste sentido, LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. Direito à saúde e critérios de aplicação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos fundamentais, orçamento e "reserva do possível"*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 265.

325 ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Reimpr. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 89.

326 HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights*: why liberty depends on taxes. NewYork: W. W. Norton, 1999. p. 59 e ss..

existe certa perplexidade quando surgem demandas judiciais em que o indivíduo busca o fornecimento de um medicamento de alto custo?

Ocorre que a realização das condições para exercício dos direitos sociais supõe tudo aquilo que se demanda para a proteção dos direitos individuais e liberdades públicas, e *algo mais*[327]. É que para cada direito social se exige um custo específico e adicional, o que aumenta a necessidade de disponibilidade de recursos públicos. Em outros termos, enquanto boa parte dos custos com os direitos e liberdades individuais é usada de maneira global (proteção, organização judiciária etc.), assegurando vários desses direitos de uma só vez, cada direito social exige um custo exclusivo que apenas será utilizado para esse direito e não será aproveitado para outros. Assim, os recursos para aquisição de medicamentos, compra de equipamentos, contratação de médicos, construção dos hospitais e campanhas contra epidemias são usados para atender a um único direito social (saúde).

Vê-se, com isso, que a discussão em torno do custo dos direitos não pode ser simplesmente ignorada, especialmente em relação aos direitos prestacionais. Por essa razão, existe uma maior preocupação em torno das repercussões econômicas de decisões judiciais que estabelecem obrigações à Administração Pública na área de saúde, pois o seu cumprimento normalmente envolve alguma mudança na alocação dos recursos estatais.

Nesse contexto, um dos argumentos contrários a essa forma de ativismo judicial é que decisões favoráveis a particulares podem provocar uma desorganização no planejamento orçamentário do ente público. Daí a constante referência ao artigo 4º da Lei n. 8.437/92, que autoriza o deferimento do pedido de suspensão de segurança para evitar "grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública". Com base nessa regra legal, quando presidente do STF, a ministra Ellen Gracie suspendeu decisão proferida pelo TJGO que obrigava o Estado a fornecer o medicamento necessário ao tratamento de infertilidade feminina. A ministra entendeu que, como tal doença não punha em risco a vida das pacientes e, dado o alto custo do medicamento em face do "já abalado sistema público de saúde", era cabível a suspensão dos efeitos da decisão do Tribunal local.[328]

327 SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais:* conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 243.

328 STF – SS n. 3263, Min. Ellen Gracie.

Por outro lado, a Corte tem rejeitado a alegação do denominado "efeito multiplicador da decisão", que poderia também causar grave lesão à ordem e saúde públicas, haja vista que a "análise de decisões dessa natureza deve ser feita *caso a caso*, considerando-se todos os elementos normativos e fáticos da questão jurídica debatida"[329]. A partir desse caso concreto, depreende-se que não apenas se reconheceu a existência de limites materiais (escassez de recursos) ao exercício de direitos prestacionais, como também que esse fator exerceu considerável influência na decisão.

Cumpre destacar que a escassez dos recursos públicos, por vezes, cede diante de outras variáveis, quais sejam a *necessidade* do acesso a uma específica prestação estatal e a *falta de condições econômicas* do indivíduo. Isso não significa olvidar que a fruição de um direito prestacional depende de alocações orçamentárias específicas. A rigor, em tais situações, verifica-se o chamado "*periculum in mora* inverso" ao beneficiário, uma vez que comprovada a necessidade vital de bem ou serviço e a impossibilidade do custeio pelo próprio particular (como ocorre, por exemplo, em relação a medicamentos), caberia a intervenção judicial. Dessa forma, conclui-se que o risco causado ao particular seria muito maior do aquele causado à Administração Pública, na hipótese de não impor um dever de agir ao ente público.[330]

É curioso observar que, em certos casos, as limitações orçamentárias, conquanto relevantes, não são motivos suficientes para restringir o acesso do indivíduo aos serviços públicos de saúde. Nesse sentido, tem decidido o ministro Celso de Mello:

> Tal como pude enfatizar em decisão por mim proferida no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, em contexto assemelhado ao da presente causa (Pet. 1.246/SC), entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela Constituição da República (art. 5º, "caput" e art. 196), ou fazer prevalecer contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado o dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma

329 STF – AgR STA n. 175, rel. Min. Gilmar Mendes, destaque nosso.

330 STF – AgR SS n. 2.944, rel. Min. Gilmar Mendes.

> só e possível ação: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana.[331]

É certo que essa dimensão do ativismo desperta o problema dos limites da própria atuação da Corte nas intervenções em políticas públicas. De fato, uma vez que os direitos prestacionais dependem de alguma política social, fruto, por sua vez, de decisões político-administrativas que disponham inclusive sobre a destinação dos recursos públicos, questiona-se até que ponto caberia ao Poder Judiciário realizar um controle mais efetivo sobre as ações e, principalmente, omissões da Administração Pública. A propósito, o ministro Gilmar Mendes tem sustentado que "o problema não é de inexistência, mas de execução (administrativa) das políticas públicas pelos entes federados"[332]. Dessa forma, para o ministro, a principal atividade do Judiciário não é *criar* políticas públicas, mas sim fazer com que as já existentes sejam efetivadas. Com essa postura, pretende-se atenuar a discussão acerca de um possível ativismo judicial ilegítimo por parte da Corte Suprema, ao julgar ações correlatas, o que tornaria mais complexa a legitimidade de sua intervenção.

Ora, é sabido que, em certos casos, a questão não envolve apenas a implementação de uma política pública já existente, o que, de fato, seria mais simples de justificar. Por vezes, o pedido do indivíduo consiste, por exemplo, em lhe assegurar um determinado medicamento de alto custo que *não* faz parte uma lista oficial de remédios disponíveis para a coletividade. Consoante tem sustentado Andreas Krell, "onde o processo político (Legislativo e Executivo) falha ou se omite na implementação de Políticas Públicas e dos objetivos sociais nela implicados, cabe ao Poder Judiciário tomar uma atitude ativa na realização da correição da prestação dos serviços sociais básicos"[333]. Isso significa que a atuação do Poder Judiciário assumiria um caráter subsidiário, ou seja, havendo falha na prestação de serviços tidos como essenciais, caberia sua interferência. Em recurso em que o STF determinou a implantação de conselhos tutelares no município de Florianópolis, o ministro Celso de Mello ressaltou que:

331 STF – RE n. 393.175, rel. Min. Celso de Mello.

332 STF – AgR SS n. 2.944, rel. Min. Gilmar Mendes.

333 KRELL, Andreas. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha:* os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado". Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003. p. 90 e ss.

> Nem se atribua, indevidamente, ao Judiciário, no contexto ora em exame, uma (inexistente) intrusão em esfera reservada aos demais Poderes da República. É que, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário (de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito), inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos.[334]

Relacionado a esse problema, verifica-se que quando o STF prioriza o direito subjetivo do cidadão, considerando, inclusive, "secundário" o interesse financeiro do Estado, normalmente o faz em casos extremos, quando a vida da pessoa está em perigo. Ao agir dessa maneira, o STF está reconhecendo que o direito ao "mínimo existencial" não se submete a reservas orçamentárias.[335]

Outro ponto a ser ponderado diz respeito ao caráter individual ou coletivo dos direitos prestacionais. A circunstância de o STF destacar que pedidos à prestações estatais devem ser analisados topicamente, avaliando inúmeros fatores, pode conduzir ao entendimento de que tudo só pode averiguado de maneira casuística. Isso criaria grave insegurança jurídica, pois a própria Corte não estaria revelando os critérios sob os quais decide os casos. Na verdade, os dilemas envolvendo os direitos prestacionais impõem ao Tribunal não apenas decidir se a parte no processo tem direito a uma específica prestação estatal, mas, fundamentalmente, decidir se os demais indivíduos que se encontram na mesma situação têm igual direito. O argumento se apoia no fato de que a simples demanda individual em busca de uma prestação estatal não atende ao referido princípio da isonomia, haja vista que inúmeros indivíduos ainda não possuem um efetivo acesso ao Judiciário.

Portanto, se, por um lado, o ativismo judicial praticado pelo STF simbolizou a superação do entendimento conservador que reputava certas cláusulas constitucionais desprovidas de normatividade, como se dava com os preceitos programáticos, por outro, não se deve concluir que o reconhecimento da força normativa da Constituição será uma fórmula mágica para diminuir, pelas vias judiciais, uma realidade historicamente marcada pelo elevado grau de exclusão social e deficiência na fruição de direitos básicos.

334 STF – RE n. 488.208, rel. Min. Celso de Mello, *DJ*, de 01.07.2013.

335 TORRES, Ricardo Lobo. Mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos fundamentais, orçamento e "reserva do possível"*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 82.