

4

Ativismo judicial processual no Supremo Tribunal Federal

4.1

O Supremo Tribunal Federal e a trajetória do controle de constitucionalidade após 1988

4.1.1

Um sistema misto com ênfase no modelo concentrado

Conforme aduzido no item I.4 do Capítulo I, os constituintes de 1988, fortemente influenciados pelo pensamento comunitário europeu¹ e cientes da histórica “insinceridade normativa”² de seus predecessores, preocuparam-se detidamente em estabelecer um abundante rol de instrumentos jurídicos que, de fato, fossem idôneos a conferir concretude e efetividade social aos valores por eles adotados no texto constitucional, tanto para colmatar a eventual inércia legislativa quanto para fiscalizar os possíveis desvios do legislador, tendo decidido incumbir essa função de garantir as promessas constitucionais – e fazer com que se tornassem mais do que meras promessas – ao Poder Judiciário, notadamente ao Supremo Tribunal Federal.

Assim, a par de manter os institutos já tradicionais do sistema misto, tanto difuso quanto concentrado, de controle de constitucionalidade brasileiro, instaurado com a Emenda Constitucional n. 16, de 1965 – tais como o recurso extraordinário, a suspensão pelo Senado Federal da lei declarada inconstitucional pelo STF em controle incidental de constitucionalidade e a representação interventiva –, novos instrumentos foram criados para permitir o combate judicial à omissão legislativa, ou seja, o mandado de injunção e a ação direta de

¹ Sobre o comunitarismo, v. o Item I.4 do Capítulo I deste trabalho. Confira-se, ainda, CITTADINO, Gisele, op. cit., pp. 14-22.

² BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 5ª ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 59-65.

inconstitucionalidade por omissão, como ainda outros foram expressivamente remodelados, a exemplo da marcante alteração na representação por inconstitucionalidade, transformada, pela Carta de 1988, em ação direta de inconstitucionalidade, o que viria a se afigurar na mais relevante medida do constituinte originário de fortalecimento no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro do controle concentrado-abstrato, a despeito, como dito, da manutenção do sistema misto.

Essa expressiva modificação normativa no controle abstrato e concentrado de constitucionalidade brasileiro deu-se com a legitimidade para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade. Para a um só tempo solucionar os impasses ocasionados pela atribuição exclusiva de legitimidade ao Procurador-Geral da República no regime constitucional anterior e assegurar a ampla participação da sociedade aberta de intérpretes³ da Constituição, o constituinte conferiu legitimidade para deflagrar o processo de fiscalização abstrata de constitucionalidade de normas federais e estaduais a diversos órgãos do Estado e a variados setores da sociedade organizada (art. 103 da Constituição de 1988).⁴

Essas significativas ampliação e abertura do rol de legitimado à propositura da ação direta de inconstitucionalidade, para Gilmar Ferreira Mendes, representaram uma inversão na ênfase do controle de constitucionalidade brasileiro. Para ele, se desde a Emenda Constitucional n. 16, de 1965, há no ordenamento jurídico-constitucional do Brasil um sistema *misto* de controle de constitucionalidade das normas, durante o regime da Constituição de 1967, Emenda Constitucional n. 1, de 1969, o modelo de controle incidental e difuso de constitucionalidade permaneceu a verdadeira âncora de todo o sistema. Com a Constituição de 1988, constata o constitucionalista, essa situação se alterou, porquanto a atual Carta conferiu “*ênfase não mais ao sistema difuso ou incidente, mas ao modelo concentrado, uma vez que as questões constitucionais passam a*

³ Ver, acerca do conceito de sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, embora não em uma perspectiva propriamente comunitária, mas sim procedimental, o fundamental opúsculo de Peter Häberle, *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

⁴ BONAVIDES, Paulo, op. cit., p. 332.

ser veiculadas, fundamentalmente, mediante ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal".⁵

Desse modo, é facilmente perceptível que, tanto por essa proliferação de instrumentos jurídicos e de legitimados ao controle de constitucionalidade dos atos do Poder Público como pelo caráter profusamente analítico do texto constitucional, ao qual se pode remeter virtualmente qualquer matéria jurídica, o papel institucional do Supremo Tribunal Federal, como guardião maior da Constituição, foi alçado ao protagonismo no cenário político-institucional brasileiro.

4.1.2

O processo normativo de concentração do controle jurisdicional de constitucionalidade brasileiro

4.1.2.1

Os primeiros 15 anos: a concentração normativa de poderes no STF debuta

Embora o constituinte de 1988 tenha, em comparação com os regimes anteriores, alargado expressivamente os limites da jurisdição constitucional do STF, já em 1993, com a promulgação da Emenda Constitucional n. 3, foi instituída a ação declaratória de constitucionalidade, que conferiu ao Supremo Tribunal, mediante provocação do Presidente da República, das Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados e do Procurador-Geral da República (art. 103, § 4º, com a redação da EC n. 3/93), a prerrogativa de, em nome da segurança

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*, op. cit., p. 89. Afirma ele, ainda, na mesma página, que, “*tal como já observado por Anschütz ainda do regime de Weimar, toda vez que se outorga a um Tribunal especial atribuição para decidir questões constitucionais, limita-se, explícita ou implicitamente, a competência da jurisdição ordinária para apreciar tais controvérsias*”. Desse modo, continua o renomado constitucionalista, “*ao ampliar, de forma significativa, o círculo de entes e órgãos legitimados a provocar o Supremo Tribunal Federal, no processo de controle abstrato de normas, acabou o constituinte por restringir, de maneira radical, a amplitude do controle difuso de constitucionalidade*”.

jurídica, “afastar a incerteza jurídica e estabelecer uma orientação homogênea”⁶ acerca da interpretação de determinada lei, por conta de controvérsias relacionadas à sua correta aplicação surgidas porventura entre os diversos órgãos jurisdicionais de instâncias inferiores.

Para permitir ao STF ratificar a presunção de constitucionalidade do ato normativo federal de interpretação controvertida e, com isso, celeremente aplacar a insegurança jurídica, a Emenda n. 3 atribuiu, ainda, a decisão proferida na ação declaratória de constitucionalidade eficácia *erga omnes* e efeito vinculante aos órgãos do Poder Executivo e demais do Poder Judiciário (art. 102, § 2º, com a redação da EC n. 3/93). A despeito de, à época de sua criação, a ação declaratória de constitucionalidade ter suscitado muitas críticas por parte da doutrina,⁷ o STF, no julgamento da ADC n. 1,⁸ fixou em questão de ordem sua compatibilidade com o sistema constitucional brasileiro.⁹

Em 1999, a pretexto de regulamentar os procedimentos da ação direta de inconstitucionalidade, da ação declaratória de constitucionalidade e da arguição de descumprimento de preceito fundamental, o legislador promulgou, respectivamente, as Leis n. 9.868¹⁰ e n. 9.882, que, a bem da verdade, não se restringiram a estabelecer ritos, mas conferiram expressamente ao Supremo

⁶ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 203.

⁷ Ver, a esse respeito, SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 56-9; BARROSO, Luís Roberto, op. cit., p. 66.

⁸ STF, ADC/QO n. 1/DF, Rel. Min. Moreira Alves, Pleno, j. 27.10.1993, DJ 16.06.1995 (Ementário/STF vol. 01791-01, p. 1).

⁹ Gilmar Ferreira Mendes, que, juntamente com Ives Gandra da Silva Martins, foi o autor de estudo encampado pelo Deputado Federal Roberto Campos, o qual apresentou então a proposta de Emenda Constitucional que viria a instituir a ação declaratória de constitucionalidade, sustenta que ela não representou qualquer inovação no Direito brasileiro, uma vez que a representação por inconstitucionalidade do regime de 1967/1969, para ele, já tinha natureza dúbia de ação de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de ato normativo, a depender da decisão do STF. Assim, MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, op. cit., pp. 1075-6 (é bem de ver que toda a parte dedicada ao controle de constitucionalidade da notável obra desses constitucionalistas é de autoria exclusivamente de Gilmar Ferreira Mendes, como eles se desincumbem de explicar na introdução). Ao contrário, afirmando que a ADC significou inovação no ordenamento pátrio e mesmo no direito comparado, v. BARROSO, Luís Roberto, op. cit., p. 202.

¹⁰ Como anota Luiz Alberto David Araújo, “a Lei n. 9.868-99, na realidade, apenas continua a tendência de entrega de mais poder ao Supremo Tribunal Federal. A análise de alguns dispositivos do referido diploma legal mostra que há uma tendência clara em permitir a discricionariedade da Corte, aumentando, desta maneira, o seu poder de decidir”. Cf. ARAÚJO, Luiz Alberto David. “O acúmulo de poder do Supremo Tribunal Federal e o controle concentrado de constitucionalidade”. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto (orgs.). *Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 339.

Tribunal Federal novos e substanciais poderes, numa clara tendência de afastamento do modelo difuso de controle de constitucionalidade concomitantemente a uma aproximação com o concentrado e, por conseguinte, de consolidação do STF como Corte Constitucional e, em certo sentido, como um novo “*Poder Moderador*” do Estado brasileiro.¹¹

Assim, por exemplo, o artigo 27 da Lei n. 9.868/99 conferiu expressamente ao Supremo Tribunal Federal a competência para, ao declarar a inconstitucionalidade de um ato normativo, por “razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social”, promover a modulação temporal dos efeitos de sua decisão, o que significou um rompimento com a jurisprudência clássica do próprio Tribunal, que, por considerar uma lei inconstitucional ato nulo de pleno direito, sempre reconheceu apenas a eficácia *ex tunc* às declarações de inconstitucionalidade proferidas em julgamentos de ações diretas.¹²

A argüição de descumprimento de preceito fundamental - ADPF, por sua vez, conquanto tivesse sido prevista já pelo constituinte originário, até que a Lei n. 9.882/98 a disciplinasse, pairou “*no limbo por mais de 11 anos*”,¹³ sem que virtualmente nenhuma obra de Direito Constitucional lhe dedicasse mais do que poucas linhas, até porque a indagação maior a ser feita era precisamente em que viria a consistir essa “argüição”. Exatamente por conta disso, tendo em vista esse quadro de penumbra conceitual, os professores Gilmar Ferreira Mendes e Celso Bastos começaram a questionar-se se o “*espaço residual expressivo para o controle difuso relativo às matérias não-suscetíveis de exame no controle*

¹¹ Walber de Moura Agra defende que uma reestruturação da competência do STF, tornando-o uma verdadeira Corte Constitucional e, com isso, “*um órgão distinto dos demais poderes, permitiria que ele pudesse atuar como um ‘poder moderador’ não no sentido clássico empregado pela Constituição de 1824, mas arbitrando os litígios entre os poderes estabelecidos e zelando pela eficácia das normas constitucionais*”. AGRA, Walber de Moura. *A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 282.

¹² Confira-se a excelente exposição que empreende Zeno Veloso da discussão doutrinária acerca da natureza do ato inconstitucional e principalmente dos efeitos da declaração de sua inconstitucionalidade, em VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, pp. 177-200. Veja-se, ainda, MENDES, Gilmar Ferreira, *Jurisdição constitucional*, op. cit., pp. 316-46. A introdução no ordenamento jurídico brasileiro da modulação dos efeitos temporais de decisão que pronuncia a inconstitucionalidade de ato normativo é discutida mais adiante, na parte deste capítulo dedicada à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

¹³ BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 188.

concentrado”¹⁴ – ou seja, matérias que o constituinte de 1988 houve por bem deixar de fora da competência do STF para exercício do controle concentrado, tais como a análise da constitucionalidade por via de ação direta do direito pré-constitucional, das normas já revogadas, e das municipais,¹⁵ bem como de quaisquer outros atos do Poder Público, independentemente de sua origem orgânica ou natureza normativa – poderia ser colmatado pela regulamentação da ADPF. Formou-se, assim, uma comissão presidida pelo professor Celso Bastos incumbida de elaborar anteprojeto de lei com essa finalidade, tendo sido, após a apresentação do projeto e seu regular trâmite no Congresso, aprovada a Lei n. 9.882/99, que realmente, em vez de simplesmente regular o rito da argüição de descumprimento de preceito fundamental, deu a ela um sentido que, dentre inúmeros que poderiam ter sido elucubrados, a sua previsão constitucional demandava.

Para Gustavo Binenbojm, a ADPF, a despeito de ter sido inspirada na reclamação constitucional alemã (*verfassungsbeschwerde*) e no *recurso de amparo* espanhol, com a feição que lhe conferiu a Lei n. 9.882/99, “ficou mais para *avocatória do que para ação constitucional do cidadão*”¹⁶, porque, em seu entendimento, ao ser vetado o inciso II do artigo 2º da lei, o qual previa a legitimidade para a propositura da argüição a qualquer cidadão lesado ou ameaçado de lesão por descumprimento de preceito fundamental, manteve-se para a novel demanda constitucional o mesmo rol fixo dos legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade, o que a tornou muito mais um novo instrumento de fortalecimento do controle concentrado de constitucionalidade pelo STF do que uma forma de proteção concreta aos direitos fundamentais das pessoas. Além disso, como o legislador não se preocupou com a definição nem, quiçá, com um mínimo tracejamento de linhas gerais do que deveria ser entendido por *preceito fundamental*, Binenbojm sustenta que aparentemente ele pretendeu

¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, op. cit., p. 1087.

¹⁵ Fato curioso que retrata bem como o controle de constitucionalidade no Brasil é, com perdão pelo prosaísmo, um fenômeno *de cima para baixo* é o de que, embora a Lei n. 9.882/99, em seu art, 1º, parágrafo único, inciso I, tenha previsto expressamente a possibilidade de ajuizamento de ADPF contra ato municipal, não foi conferida a nenhum ente municipal, como Prefeito ou Câmara de Vereadores, a legitimidade ativa para a propositura da argüição. Logo, uma norma editada por algum município em afronta a um preceito fundamental da Constituição Federal somente poderá ser questionada, por via de ação direta, se algum dos “entes nacionais”, como o Procurador-Geral da República ou um partido político, decidir contestá-la por esse meio.

¹⁶ BINENBOJM, Gustavo, op. cit., p. 189.

espontaneamente conferir ao próprio STF “*uma ampla margem de discricionariedade para estabelecer o parâmetro constitucional do controle a ser exercido no âmbito do novo instrumento*”¹⁷.

Em razão dessa conformação legislativa da ADPF, a permitir, destarte, que ela seja interpretada de modo a colmatar qualquer lacuna verificada no modelo de controle jurisdicional concentrado de constitucionalidade, o mesmo Gustavo Binimbojm sustenta que o STF deveria adotar na apreciação das arguições de descumprimento de preceito fundamental uma atitude de “*prudência e parcimônia*”, para não *asfixiar* as instâncias ordinárias do Poder Judiciário, de forma possivelmente até mesmo prematura. Caso essa Corte, em vez disso, adote uma práxis mais ativista no conhecimento e julgamento das arguições, ele afirma que “*o Tribunal Constitucional deixará de ser o intérprete último para se converter em intérprete único da Constituição, transformando-se numa instância autoritária e deslegitimada de poder*”.¹⁸

Pelo que se vem de aduzir, por conseguinte, se atualmente verifica-se um ativismo judicial processual crescente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, cumpre reconhecer que, pelo menos durante os primeiros dez ou mesmo quinze anos de vigência da Constituição, o Tribunal adotou uma atitude de (auto) restrição dos limites de sua competência e dos efeitos de suas decisões inversamente proporcional ao que fazia o Legislativo, seja em sua função ordinária seja na de constituinte derivado, em relação ao mesmo Tribunal, ao alargar o poder deste por meio da Emenda Constitucional n. 3/93 e das Leis n. 9.868/99 e n. 9.882/99.¹⁹ Exemplo perfeito disso é que, enquanto a criação da ação declaratória de constitucionalidade em 1993, pelo Congresso Nacional, representou uma curiosa fórmula que este estabeleceu de chancela judicial dos próprios atos, o STF, por sua vez, a essa época, numa postura de muito mais deferência ao Legislativo do que este mesmo aparentemente conferia a si

¹⁷ Ibidem, p. 190. A mesma observação, em tom ainda mais crítico do que o de Binimbojm, é feita pelo professor Luiz Alberto David Araújo: “*A lei não esclarece o que se entende por preceito fundamental. E, tampouco, quando haveria seu descumprimento. Não esclarece qual o grau de descumprimento necessário para ensejar o ajuizamento da medida. Seria apenas um pequeno arranhão ou deveria haver uma frontal agressão ao preceito? Tais conceitos não vieram esclarecidos na lei. Tudo foi deixado para a jurisprudência, que a moldará, a partir do exercício do poder pelo Supremo Tribunal Federal*”. Cf. ARAÚJO, Luiz Alberto David, op. cit., p. 341.

¹⁸ BINENBOJM, Gustavo, op. cit., p. 196.

¹⁹ Cumpriria, outrossim, mencionar nesse passo outros diplomas normativos, afora os aduzidos no texto, como a Lei n. 9.756/98.

próprio,²⁰ havia firmado posição extremamente restritiva dos efeitos da decisão de procedência em mandado de injunção, por uma rígida interpretação do princípio da separação dos poderes.²¹

4.1.2.2

Ao infinito e além: a Emenda Constitucional n. 45, de 2004

No contínuo passo “*em direção à transformação do STF em verdadeiro e pleno Tribunal Constitucional*”,²² em dezembro de 2004, com a promulgação da Emenda Constitucional n. 45, no bojo da chamada “reforma do Judiciário”, novamente, dessa feita por via do constituinte derivado, empreenderam-se importantes modificações na competência do Supremo Tribunal Federal, concentrando ainda mais poderes em sua esfera de decidibilidade.

Assim é que a Emenda Constitucional n. 45/2004 acrescentou o artigo 103-A à Constituição, o qual permite que, em caso de insegurança jurídica causada pela multiplicação de processos acerca de controvérsia a envolver questão idêntica, o Supremo Tribunal Federal, de ofício ou mediante provocação dos legitimados à propositura da ação direta de inconstitucionalidade e de quem mais a lei vier a estabelecer, por decisão de dois terços de seus membros, edite súmula da interpretação que entender pertinente de normas do ordenamento jurídico, com efeito vinculante aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública, direta e indireta, de todos os entes da Federação. Essa instituição da Súmula Vinculante no Brasil, a conferir ao STF, em matéria de hermenêutica constitucional, em sede de controle difuso de constitucionalidade, o poder de dar a *última palavra em primeiro lugar* – já que sem ter que aguardar, e até mesmo para impedir, a interpretação das demais instâncias judiciárias –, representa, destarte, uma efetiva aproximação entre os modelos de controle jurisdicional de

²⁰ O que comprova a pertinência da observação de Gary MacDowell, mencionada no capítulo anterior, quanto ao ativismo judicial ser não raro menos um caso de usurpação judicial do que de abstenção – ou mesmo de atuação – legislativa. Assim, McDOWELL, Gary, op. cit., p. 17.

²¹ BARROSO, Luís Roberto, op. cit., pp. 125-6.

²² TAVARES, André Ramos. *Reforma do judiciário no Brasil pós-88: (des)estruturando a justiça* – comentários completos à emenda constitucional n. 45/04. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 123.

constitucionalidade concentrado e difuso neste país,²³ bem como mais um passo firme em direção à adoção da tese da total vinculação dos demais Poderes por força de qualquer decisão do Supremo Tribunal Federal.²⁴

Aliás, nessa mesma linha de aproximação dos controles de constitucionalidade difuso e concentrado, a acarretar inegável fortalecimento do poder jurisdicional do STF em detrimento dos demais órgãos do Judiciário, a Emenda Constitucional n. 45/2004, ao acrescentar o § 3º ao artigo 102 da Constituição, estabeleceu como requisito para a admissão dos recursos extraordinários a demonstração da repercussão geral da controvérsia, o que, de fato, maximiza a “*feição objetiva*”²⁵ do recurso.

Não obstante, conquanto o novo requisito tenha tido inegavelmente o escopo de reduzir a espantosa sobrecarga de recursos extraordinários que são permanentemente interpostos à apreciação dos ministros do Supremo Tribunal Federal, seu corolário foi o aumento da discricionariedade do Tribunal, eis que a imprecisão conceitual da expressão “repercussão geral” – que, segundo Luís

²³ TAVARES, André Ramos, op. cit., p. 123.

²⁴ Consoante registra Celso de Albuquerque Silva, o “‘efeito vinculante’ foi introduzido no ordenamento jurídico nacional no ano de 1993, através da Emenda Constitucional n. 03, que, ao acrescentar o parágrafo segundo ao art. 102 da Constituição, atribuiu eficácia vinculante às decisões de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal na ação declaratória de constitucionalidade. Posteriormente, o legislador ordinário estendeu essa eficácia às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal na ação direta de inconstitucionalidade, ao dispor no parágrafo único do art. 28 da Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, que seria dotada dessa eficácia vinculante a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto. A Emenda Constitucional n. 45/2004, que tratou da reforma do Judiciário, atribuiu esse efeito também às decisões do STF proferidas no controle difuso de constitucionalidade, desde que objeto de súmula aprovada por dois terços de seus membros”. SILVA, Celso de Albuquerque, op. cit., Introdução, p. xix. É bem de ver, ainda, que Celso de Albuquerque Silva considera que o efeito vinculante contribui para a adoção de um *judicial self-restraint*, na medida em que impede que as instâncias judiciárias inferiores decidam casuisticamente, em descompasso com os precedentes vinculantes das superiores (op. cit., p. 125).

²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, op. cit., p. 1025. No julgamento da questão de ordem em recurso extraordinário n. 559.882/RS, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes assentou que o “*novo modelo legal traduz, sem dúvida, um avanço na concepção vetusta que caracteriza o recurso extraordinário entre nós. Esse instrumento deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva. Trata-se de orientação que os modernos sistemas de Corte Constitucional vêm conferindo ao recurso de amparo e ao recurso constitucional (Verfassungsbeschwerde). Nesse sentido, destaca-se a observação de Häberle segundo a qual ‘a função da Constituição na proteção dos direitos individuais (subjectivos) é apenas uma faceta do recurso de amparo’, dotado de uma ‘dupla função’, subjetiva e objetiva, ‘consistindo esta última em assegurar o Direito Constitucional objetivo’ (Peter Häberle, O recurso de amparo no sistema germânico, Sub Judice 20/21, 2001, p. 33 (49)). STF, RE-QO n. 559.882/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, un., julgado em 20.09.2007, DJ 11.04.2008 (Ementário/STF n. 2314-8, p. 1617).*

Roberto Barroso, permite “*presumir que o constituinte pretendeu justamente deixar à discricção da Corte a tarefa de seleção, casuisticamente*”,²⁶ dos casos em que há a repercussão – fez aflorar na memória de alguns juristas o instituto da “arguição de relevância da questão federal” do regime constitucional de 1967/1969.²⁷ É por isso, destarte, que se afirma que, tendo o constituinte derivado feito a opção de racionalizar e tornar mais célere a prestação jurisdicional do STF, a consequência inevitável por ele assumida foi o alargamento da esfera de discricionariedade judicial do mesmo Tribunal.

Além desses novos institutos, a Emenda Constitucional n. 45/2004 ainda consolidou outras normas tendentes a exacerbar o poder do STF, como a atribuição no texto constitucional do efeito vinculante às ações diretas de inconstitucionalidade – que já havia sido anteriormente estabelecido pela Lei n. 9.868/99 –, bem como a extensão à ação declaratória de constitucionalidade, na idéia de sua duplicidade de natureza, do idêntico rol de legitimados para a primeira.

Seja como for, não é de admirar que, após tantas medidas normativas de alargamento dos poderes do Supremo Tribunal Federal, este passasse então, por sua própria atividade hermenêutica, a desempenhar um ativismo judicial de ordem processual-formal, representativo do aumento da discricionariedade temporal e funcional de suas decisões. Afinal, como anota Luiz Alberto David Araújo,

os poderes, portanto, dados pelo Poder Constituinte originário, continuam a ser modificados, sempre para aumentar a competência do Supremo Tribunal Federal, dando-lhe mais poder e auto-reconhecendo, através de sua jurisprudência, institutos que, interpretados da forma como foram, só apontam para a concentração de poder do Supremo Tribunal Federal.²⁸

Por outro lado, mesmo a única medida adotada pelo constituinte derivado capaz de possibilitar de algum modo, em vez do alargamento de suas funções, uma fiscalização sobre o papel do Supremo Tribunal Federal no exercício da jurisdição constitucional, como a instituição do Conselho Nacional de Justiça – órgão que, por sua composição mista, foi incumbido de promover o chamado

²⁶ BARROSO, Luís Roberto, op. cit., 2007, p. 99.

²⁷ Ibidem, pp. 97-9.

²⁸ ARAÚJO, Luiz Alberto David, op. cit., p. 338.

controle externo do Poder Judiciário –, foi de plano rechaçada pelo próprio Tribunal, o qual assentou, no julgamento da ADI n. 3.367, que o “*Conselho Nacional de Justiça não tem nenhuma competência sobre o Supremo Tribunal Federal e seus ministros, sendo esse o órgão máximo do Poder Judiciário nacional, a que aquele está sujeito*”.²⁹ Esse posicionamento do STF, unido à disposição da alínea *r* acrescentada pela Emenda n. 45 ao inciso I do artigo 102 da Constituição, ao fim e ao cabo, não só deixa de restringir, como na verdade, mais uma vez, alarga o poder da Corte, na medida em que, por via transversa, ao assentar sua competência sobre os atos do Conselho, e não o contrário, abre-se-lhe mais um flanco de imposição de sua visão aos demais órgãos do Poder Judiciário.³⁰

4.1.3

Ativismo judicial entre segurança jurídica e máxima efetividade

Esse breve panorama das principais modificações normativas – por leis e emendas constitucionais – empreendidas no ordenamento jurídico brasileiro desde a promulgação da Constituição de 1988 até o presente momento permite que se façam três observações: *i*) há inequivocamente uma tendência, com aparência de verdadeiro projeto, dos Poderes Executivo e Legislativo, notadamente deste, de promover uma concentração de poder na esfera de decidibilidade do Supremo Tribunal Federal;³¹ *ii*) dentre as muitas causas que podem ser elencadas desse deferimento de poder ao STF – algumas das quais, como a que diz respeito à

²⁹ STF, ADI n. 3.367/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, Pleno, julgamento em 13.04.2005, *DJ* 22.09.2006 (Ementário/STF n. 2225-1, p. 182).

³⁰ TAVARES, André Ramos, op. cit., p. 91.

³¹ Essa constatação é feita por Luís Roberto Barroso, para quem há “*uma nítida tendência no Brasil ao alargamento da jurisdição constitucional abstrata e concentrada, vista por alguns autores como um fenômeno ‘inquietante’*. Para tal direcionamento, contribuiu, claramente, a ampliação da legitimidade ativa para ajuizamento da ação direta, além de inovações como a ação declaratória de constitucionalidade e a própria arguição de descumprimento de preceito fundamental”. BARROSO, Luís Roberto, op. cit., 2007, p. 67. Na mesma linha, sustenta Luiz Alberto David Araújo, *in verbis*: “*A tendência para a concentração de poder está clara. O pacto constitucional de 1988 já está longe, com um acúmulo, tomando-se como parâmetro o ajuste de 1988, de poder muito além do que estava previsto. Não se trata de reduzir competências e entregar outras tantas. Estamos visualizando uma concentração de poder, determinada pela jurisprudência adotada pela própria Corte ou pelas emendas e leis ordinárias que foram se agregando ao documento original de 1988*”. ARAÚJO, Luiz Alberto David, op. cit., p. 341.

grave crise de popularidade do Congresso Nacional,³² por exorbitarem demasiadamente os estreitos lindes deste trabalho, mal podem ser mencionadas aqui –, o discurso da máxima e célere efetivação das normas constitucionais em nome da segurança jurídica³³ sobressai como o ponto nevrálgico das várias alterações normativas; e *iii*) independentemente de suas causas, a união dessa tendência de alargamento normativo do poder do STF ao uso que o Tribunal faça dos instrumentos de controle de constitucionalidade a ele conferidos faz exsurgir o risco de um ativismo judicial processual, em detrimento da harmonia da separação dos poderes tal como originariamente estabelecida na Constituição.

Assim, as acima referidas inovações normativas, que inegavelmente aproximam mais ainda o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro do modelo austríaco-kelseniano, ao mesmo tempo em que o afastam do difuso-incidental, a representar uma “verticalização” *de cima para baixo* do sistema brasileiro,³⁴ têm sido comemoradas por grande parte dos constitucionalistas pátrios como corolário do “progresso” e da “modernização” da jurisdição constitucional deste país, haja vista que o modelo difuso estaria para eles “ultrapassado”.³⁵

Desconsiderado o fato de que, como registrado no primeiro capítulo desta dissertação, a Comissão Afonso Arinos, que teve grande influência nos trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte, expressamente discutiu e inequivocamente rejeitou a adoção de um Tribunal Constitucional de molde europeu no Brasil, dada a oposição à época dos próprios ministros do Supremo Tribunal Federal³⁶ – embora tenha acabado por consagrar a solução de compromisso de tornar o STF uma Corte precipuamente constitucional –, para Álvaro Ricardo de Souza Cruz

³² NETO, Octavio Amorim; SANTOS, Fabiano. “A produção legislativa do Congresso: entre a paróquia e a nação”. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. 1ª reimp. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, pp. 91-4. Sobre a crise da legalidade e, por conseguinte, do legislador contemporâneo, v. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. 3ª ed. Trad. de Marina Gascón. [s.l.]: Editorial Trotta, 1999.

³³ Lembre-se de que, como visto no Capítulo I, já Kelsen argumentava que a modulação dos efeitos da decisão que reconhece a inconstitucionalidade de uma lei – que foi expressamente permitida pelo art. 27 da Lei n. 9.868/99 – é postulado que decorre da segurança jurídica. KELSEN, Hans, op. cit., pp. 170-3.

³⁴ O que, cumpre ressaltar, lembra a crítica ao autoritarismo da instituição da representação por inconstitucionalidade pela Emenda n. 16, de 1965, à Carta de 1946. V. capítulo I, tópico 1.4. Ver, ainda, VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 73.

³⁵ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza, op. cit., pp. 15-9.

³⁶ CITTADINO, Gisele, op. cit., pp. 40-3.

essas inovações, notadamente o alargamento do efeito vinculante das decisões do STF, têm sido festejadas pelos doutrinadores comunitaristas e positivistas brasileiros porque eles as vêem como medidas que tendem a extinguir “*a morosidade do Poder Judiciário, garantindo sua constância, previsibilidade e objetividade nas decisões, conquistando, assim, certeza e segurança jurídicas*”.³⁷

A concepção correntemente aceita e consolidada nos Poderes Legislativo e Executivo de que a política governamental de estabilidade econômica do país demanda, assim, a instituição de meios de garantia da segurança jurídica a serem conferidos ao Supremo Tribunal Federal, como órgão de cúpula do Judiciário,³⁸ une-se à propensão dos juristas brasileiros, dentre os quais evidentemente destacam-se os ministros do STF, a ressaltar – na linha do movimento rapidamente mencionado no capítulo anterior que, à falta de melhor nome, tem sido designado *neoconstitucionalismo* por seus defensores – como princípio jurídico de interpretação constitucional a *máxima efetividade* das normas constitucionais, inescandivelmente influenciados pela teoria de Konrad Hesse acerca da *força normativa da Constituição*.³⁹

Não obstante, não é preciso muita elucubração para perceber que a concentração de poder no Supremo Tribunal Federal, com o alargamento dos limites de sua competência e dos efeitos de suas decisões, em nome da segurança jurídica e da celeridade da prestação jurisdicional, juntamente com a postura – que é, diga-se de passagem, bem-intencionada – dos ministros da Corte de conferir a

³⁷ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza, op. cit., p. 19. À constatação semelhante chega Sérgio Rocha, para quem, na “*necessidade de reforma do Judiciário, vemos a preocupação com a estrutura deste Poder, concebendo-a no sentido de implementar os vetores necessários da política neoliberal: segurança, celeridade, proteção aos contratos e ao crédito*”. ROCHA, Sérgio. “Neoliberalismo e poder judiciário”. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto (orgs.). *Diálogos constitucionais*, op. cit., p. 508.

³⁸ Lembre-se de que um dos motivos principais apresentados por Kelsen para sustentar a superioridade da adoção de um modelo de jurisdição constitucional concentrada é precisamente que a segurança jurídica seria muito maior caso a atribuição da fiscalização da constitucionalidade dos atos dos Poderes Públicos ficasse a cargo de um único órgão independente, o Tribunal Constitucional, desvinculado de todos os outros, e não de vários órgãos. V. Capítulo I, Item 1.3, desta dissertação.

³⁹ SILVA, Virgílio Afonso, op. cit., pp. 131-2. Muito representativo do que se afirma no texto – de modo quase simbólico – é o fato de a famosa preleção de Konrad Hesse, *A força normativa da Constituição (Die Normative Kraft der Verfassung)*, ter sido traduzida para o português, em 1991, pelo então Procurador da República e hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes, o qual, seja por seu notável conhecimento jurídico-constitucional, seja por sua formação acadêmica germânica, é não só um dos mais influentes ministros da Corte, como provavelmente o que mais perfeitamente se amolda ao modelo de juiz processualmente ativista aqui aduzido. Cf. HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

máxima efetividade às normas de uma Constituição já textualmente analítica, faz surgir concretamente o risco de que, em vez de máxima efetividade das normas constitucionais, ocorra, isto sim, uma máxima expansão da interpretação constitucional dos integrantes do STF.⁴⁰

Segundo Konrad Hesse, a “*intensidade da força normativa da Constituição apresenta-se, em primeiro plano, como uma questão de vontade normativa, de vontade de Constituição (Wille zur Verfassung)*”.⁴¹ Acontece que é precisamente essa “*vontade de Constituição*” – que, para o jurista alemão, seria uma garantia de que a Lei Fundamental não se resumiria, à moda de Lassalle, a uma *mera folha de papel* – que suscita o risco de, a pretexto de assegurar a força normativa da Constituição, vir a constituir-se num postulado de legitimação da conformação do texto constitucional à interpretação, não raro idiossincrática, dos ministros do Supremo Tribunal. A “*vontade de Constituição*” tende, assim, a tornar-se a “*vontade do STF*” em nome da Constituição.

Aliás, por conta da conhecidíssima afirmação de Charles Evans Hughes, no sentido de que a Constituição americana é o que a Suprema Corte dos Estados Unidos diz que ela é, é que alguns juristas brasileiros repetem no contexto nacional para, acerca da Constituição de 1988, dizer o mesmo do Supremo Tribunal Federal,⁴² exemplo perfeito de como as idéias de força normativa e máxima efetividade das normas constitucionais podem muito facilmente servir tão-só para legitimar uma decisão do Tribunal sem qualquer vínculo normativo com o texto da Lei Maior.

Destarte, ao fazer uso do discurso da garantia da segurança jurídica e da máxima efetividade normativa da ordem de valores constitucionais, o STF incorre no risco para o qual Habermas, em sua perspectiva filosófico-procedimentalista, chama a atenção:

Na medida em que um tribunal constitucional adota a doutrina da ordem de valores e a toma como base de sua prática de decisão, cresce o perigo dos juízos

⁴⁰ Teori Albino Zavascki, fundamentando-se em razões de segurança jurídica, economia processual e tratamento isonômico dos jurisdicionados, afirma que “*as decisões a respeito da legitimidade das normas têm vocação natural para assumir uma projeção expansiva, para fora dos limites do caso concreto*”. ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 26.

⁴¹ HESSE, Konrad, op. cit., p. 24.

⁴² Confira-se a crítica que a isso faz CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza, op. cit., pp. 19-20.

irracionais, porque, neste caso, os argumentos funcionalistas prevalecem sobre os normativos. No caso de uma colisão de normas, certos princípios, tais como, por exemplo, a “capacidade funcional” do exército alemão, o cuidado do direito, a “paz” específica de certas esferas, a “segurança do Estado como poder de ordem e de paz”, o comportamento fiel à federação ou a “fidelidade à federação”, fornecem certamente pontos de vista que permitem introduzir argumentos num discurso jurídico; todavia, esses argumentos não “contam” mais do que os princípios jurídicos, à luz dos quais esses bens e princípios podem ser justificados.⁴³

Constituição redundantemente analítica, anseio pela máxima efetividade de suas normas e atribuição crescente, em nome da segurança jurídica, a um único órgão jurisdicional da tarefa de promover essa máxima efetividade: eis o contexto do ativismo judicial brasileiro da atualidade. Sem que se pretenda – o que nem se pode – negar que a Constituição, precisamente por sua profusão normativa, já dispôs de muitas matérias, nem que ela particularmente tenha conferido ao Poder Judiciário, e especificamente ao Supremo Tribunal Federal, a função especial de assegurar a efetividade de sua disposição acerca de tais matérias, ou mesmo sem querer de modo algum rechaçar a fundamentalidade do postulado da segurança jurídica, não se pode, igualmente, perder de vista que, também precisamente por tudo isso, e sobretudo por conta disso, a linha que separa a atuação do Judiciário, mormente do STF, em plena conformidade com a harmônica separação dos poderes estabelecida pelo constituinte originário de um ativismo judicial inconstitucional é muito tênue no Direito Constitucional brasileiro.⁴⁴

Do mesmo modo, exatamente porque a Constituição de 1988 já dispôs sobre inúmeros assuntos, de modo a que virtualmente qualquer questão jurídica possa de alguma forma ser remetida a dispositivos constitucionais, tendo relegado ao STF papel fundamental no controle do respeito a seus preceitos, é que o ativismo judicial no Brasil adquire feição processual – na linha do que foi delineado no fim do capítulo anterior –, e não material, porquanto muito poucas, se é que há, são as questões que não poderiam *tout-court* ser apreciadas pelo

⁴³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 2003, v. I, pp. 321-2.

⁴⁴ “Foi dito que o poder corrompe e que o poder absoluto corrompe absolutamente. A doutrina constitucional vem, desde os primórdios com os trabalhos de Locke e Montesquieu, esforçando-se para colocar peias/limites ao Poder Executivo e, mais tarde, ao Poder Legislativo. Não seria agora a vez de haver preocupação com o Judiciário e, mais especificamente, com o Supremo Tribunal Federal?” CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza, op. cit., p. 20 – suprimiram-se as referências bibliográficas.

Tribunal, o que, é bom dizer, não significa que ele não deva guardar uma postura de auto-restrição.

Entretanto, o alargamento da competência e dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal, independentemente do que ele venha a decidir sobre o mérito das questões que lhe forem suscitadas, representa, por si só, um perigo concreto de desvencilhamento da Corte dos parâmetros jurídicos de sua estrutura, no quadro da separação equilibrada dos poderes, originariamente estabelecidos pelo constituinte originário. E, nesses termos, em nome da segurança jurídica e da máxima efetividade das normas constitucionais, incorre-se no perigo de o Tribunal gerar a mesma insegurança que ele pretende combater ao dar máxima efetividade, isto sim, a seus próprios julgados e, por conseguinte, à sua visão da Constituição.

Esse perigo do ativismo judicial processual ou formal do Supremo Tribunal Federal é, além disso, não só concreto como muito mais grave do que o do chamado ativismo material ou clássico. E por um motivo assaz simples de ser dito mas complicadíssimo de ser demonstrado: o primeiro é muito mais latente ou *fuzzy* do que o segundo e, por isso mesmo, chama menos a atenção da sociedade.

Com efeito, caso se considere por ativismo judicial material, como aceito aqui, a usurpação pelo Judiciário da competência dos poderes de representatividade democrática para decidir acerca do mérito de questões que lhe seriam próprias precisamente por serem objeto de constante disputa política na sociedade – como feito pela Suprema Corte americana, para ficar no óbvio e mais conhecido exemplo do direito da gestante a optar pelo aborto, em *Roe v. Wade* –, é fácil perceber que, como ocorreu neste caso, a sociedade – ou grande parte dela –, ao sentir seu poder de deliberação democrática tolhido pela decisão judicial, não deixará de acusar o Tribunal de exacerbar seus limites constitucionais de uma forma antidemocrática, assim como, é bom dizer, outra parcela expressiva da sociedade irá aplaudir efusivamente a decisão da Corte. Não é por outro motivo, aliás, que, conforme visto no capítulo antecedente, um problema capital no que toca à definição jurídica do termo ativismo judicial – que normalmente é feita exclusivamente à luz de sua concepção material – é a criação de critérios para que este não se resuma a um epíteto pseudo-acadêmico para a crítica a uma

determinada decisão judicial da qual seu formulador pura e simplesmente discorde.

Por outro lado, independentemente do sentido do julgamento do mérito de uma determinada ação ajuizada no STF e, por conseguinte, independentemente de a sociedade e os Poderes Executivo e Legislativo reputarem ou não que o Tribunal tenha decidido sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de ato que, a princípio, não poderia ser relegado a seu alvedrio, a modulação dos efeitos temporais de sua decisão, por razões de segurança jurídica, por exemplo, tem o potencial de acarretar exatamente uma oposta insegurança jurídica no seio social no mínimo tão grave quanto um ato de ativismo material, porém, no caso do processual, escudada em técnica jurídica – não raro mimetizada no Brasil da doutrina jurídica européia –, que, por seu refinamento teórico, refoge à compreensão e, pois, à percepção do público não-especializado no conhecimento profissionalizado do Direito.

Do mesmo modo, e também exemplificativamente, ao aprovar uma súmula vinculante, independentemente de seu conteúdo – que amiúde poderá vir a contar com o apoio da maioria da sociedade –, o STF exerce um poder sobre os órgãos das demais instâncias do Judiciário e sobre a Administração Pública, direta e indireta, de todos os entes da Federação, que, se não pode ser considerado ilegítimo do ponto de vista constitucional, não poderá deixar de ser reputado latentemente perigoso, notadamente pela insegurança jurídica que pode acarretar.

Um dos melhores exemplos do que se vem de expor acerca dessa latência do ativismo judicial processual do Supremo Tribunal Federal, praticado em nome da segurança jurídica e da máxima efetividade normativa da Constituição, é o do ainda recente julgamento pelo STF da questão da infidelidade partidária no mandado de segurança n. 26.603/DF, que contou com efusivos elogios por parte da opinião pública na época.

Embora a jurisprudência da Corte fosse tradicionalmente assentada no sentido de considerar a fidelidade partidária assunto relevante, mas atinente ao princípio constitucional da autonomia partidária, nos termos do artigo 17, § 1º, da Constituição da República, após modificação na composição do Tribunal Superior Eleitoral – inclusive pela integração de novos ministros do STF não muito antigos em seus respectivos cargos de origem –, este respondeu a uma consulta formulada

no sentido de que os partidos políticos têm direito subjetivo às vagas conquistadas mediante incidência da regra do quociente eleitoral nas eleições proporcionais e, por conta disso, o parlamentar que, eleito por um partido, troca de legenda deve perder o mandato para a agremiação política pela qual se elegeu.

Assim, ao apreciar o Mandado de Segurança n. 26.603/DF,⁴⁵ impetrado pelo Partido da Social Democracia Brasileira para fazer valer o entendimento do Tribunal Superior Eleitoral e, com isso, obter o reconhecimento judicial de renúncia presumível de parlamentares que, eleitos pela legenda do impetrante, desfilaram-se posteriormente, o Ministro Celso de Mello, Relator do *writ*, após rejeitar as questões preliminares suscitadas, referendou a tese de que, como as candidaturas no sistema político brasileiro representam monopólio dos partidos políticos, mormente no tocante às eleições proporcionais, por força do artigo 45 da Constituição, os partidos têm mesmo direito subjetivo às vagas conquistadas pelo crivo do quociente eleitoral, sendo a infidelidade partidária, de regra, motivo para a perda do mandato do parlamentar infiel, não como punição, mas pelo direito subjetivo da agremiação partidária.

Dos vários aspectos que poderiam ser objeto de abordagem acerca do voto do Ministro Celso de Mello,⁴⁶ o que importa para este trabalho é o ponto de sua culta manifestação em que o ministro rechaça a crítica de que o STF, ao decidir o tema da fidelidade partidária, estaria a usurpar de um modo ativista a competência do Congresso Nacional de dispor sobre o assunto.

Para o Ministro Celso de Mello – que, cumpre não olvidar, foi acompanhado pela maioria dos ministros da Corte –, calcado fortemente na doutrina de Konrad Hesse, o motivo pelo qual o STF não usurparia a competência

⁴⁵ STF, MS n. 26.603/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Plenário, julgado em 04.10.2007 – acórdão pendente de publicação. Embora ainda não publicado no *Diário de Justiça*, o voto do Relator, Ministro Celso de Mello, que foi acompanhado pela maioria dos integrantes da Corte, está disponível em: <<http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ms26603CM.pdf>>. Acesso em: 27. mai. 2008.

⁴⁶ Um aspecto que tem sido muito pouco enfatizado acerca da decisão – e que nenhum dos ministros da própria Corte ressaltou –, bem como em outras de índole constitucional-eleitoral prolatadas pelo STF, é o da proteção às garantias procedimentais da democracia deliberativa que decisões dessa natureza promovem. Nesse sentido, não seria de se falar em ativismo judicial do Tribunal, que estaria então apenas a assegurar os limites mínimos de funcionamento do sistema político-partidário e, pois, da democracia brasileira. Sucede que, ao nem se referir a tal aspecto, o STF – como se vê do voto do Ministro Celso de Mello –, em vez de fortalecer os procedimentos democráticos, privilegia a força normativa de sua interpretação constitucional, que pode ser, como pode não ser, eventualmente, garantidora efetiva desses mesmos procedimentos.

do Congresso Nacional ao decidir a questão residiria precisamente no fato de que a força normativa da Constituição, que resulta de sua indiscutível e absoluta supremacia formal e material no ordenamento jurídico, impõe ao órgão incumbido pelo próprio texto constitucional de ser seu guardião, ou seja, ao Supremo Tribunal Federal, a tarefa de interpretá-lo e de extrair dessa interpretação a máxima efetividade de suas normas, conferindo, ainda, ao STF, bem por isso, o monopólio da última palavra acerca da exegese do texto. Ademais, essa exegese, consoante o ministro, incluiria a um só tempo o poder de revelar e o de formular o sentido da Constituição, pois, continua Celso de Mello, “*no processo de indagação constitucional, reside a magna prerrogativa outorgada a esta Corte de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder*”.⁴⁷

Tendo em mira essas considerações acerca do papel do Supremo Tribunal Federal, bem como porque sua linha de argumentação estava a propugnar radical alteração na jurisprudência da Corte, o Ministro Celso de Mello passou então a tecer considerações acerca da fundamentalidade ao sistema constitucional do princípio da segurança jurídica, como fonte normativa da tutela da confiança, para, em razão disso, promover modulação temporal e conferir, ainda que indiretamente, eficácia geral aos efeitos da decisão a ser (e que, é bom dizer, efetivamente foi) prolatada pelo Tribunal.

Entendeu o ministro, no que foi acompanhado pela maioria dos integrantes do STF, que a decisão da Corte deveria retroagir até a data da resposta à consulta formulada ao Tribunal Superior Eleitoral. Como os parlamentares cujos mandatos foram reivindicados pelo impetrante se haviam desfilado anteriormente ao marco temporal fixado, o STF, seguindo o voto de Celso de Mello, houve por bem indeferir o mandado de segurança. Entretanto, como estabelecido esse marco,

⁴⁷ Voto do Ministro Celso de Mello, Relator do MS n. 26.603/DF, p. 50. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ms26603CM.pdf>. Acesso em: 27. mai. 2008. Os destaques constam do original. Esse trecho do voto de Celso de Mello não esclarece a que “poder”, cuja “substância” deve ser definida pelo STF, ele refere-se, mas não seria de todo impertinente imaginar que se trata do próprio Poder Constituinte Originário. Se assim for, não é demais afirmar que o discurso (vazio e deslocado) do Poder Constituinte do povo como forma de legitimação da dominação social está a ser apropriado pelo STF, de um modo absolutamente inusitado, para legitimar a visão que os seus integrantes têm dos Poderes Constituídos e de todo o funcionamento democrático da sociedade. Para uma abordagem acerca dos usos teóricos do discurso do Poder Constituinte no Brasil e da necessidade de revisá-los, vide BERCOVICI, Gilberto. “O Poder Constituinte do povo no Brasil: Um roteiro de pesquisa sobre a crise constituinte”. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto (orgs.). *Diálogos constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006, p. 215-224.

nada impediria, a princípio, que esse acórdão – pela forma como entenderam os ministros – servisse de fundamento para a perda de mandato de parlamentares que houvessem mudado de legenda posteriormente à manifestação do Tribunal Eleitoral, mas antes da prolação do aresto da Corte Constitucional.

Vê-se, por conseguinte, pelo resumo desse julgado, que o STF, ao invocar a máxima efetividade das normas constitucionais e o postulado da segurança jurídica, estabeleceu, sem qualquer parâmetro externo a delinear seu posicionamento, os efeitos de decisão que diretamente influenciaria a vida político-partidária nacional, independentemente – é bom que fique muito claro – de se concordar ou não com a solução aventada pela Corte.

4.2

O ativismo judicial processual na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Mesmo tendo sido premiado com novos instrumentos processual-constitucionais pelos legisladores ordinário e constituinte derivado, o certo é que é na própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que se deve analisar seu grau de ativismo judicial – material ou processual –, já que é do entendimento que a Corte tem dos limites de sua competência e dos efeitos de suas decisões que se poderá aferi-lo, e não do instrumental jurídico de que ela disponha, mas que, eventualmente, não utilize.

É importante ressaltar, aqui, que não é pretensão deste trabalho, limitado e incompleto por natureza, elaborar uma desejável fórmula dogmática para identificar sempre e sempre o ativismo judicial processual, para assim separá-lo do exercício da jurisdição dentro de seus limites constitucionais, tampouco tecer juízos de valor acerca das qualidades ou defeitos do ativismo – na verdade, a maioria dos casos abordados a seguir como exemplos de ativismo judicial processual do STF contam até mesmo com a simpatia do autor deste modesto trabalho. O que se pretende é tão-somente identificar e demonstrar a distinção entre as espécies de ativismo, que aqui são classificadas como processual e material, e verificar como o ativismo judicial processual tem encontrado guarida

no cotidiano do Supremo Tribunal Federal, seja por conta de modificações normativas empreendidas pelo legislador, seja por sua própria criação jurisprudencial.

Analisar a jurisprudência de um Tribunal, aliás, embora tenha por si só pouco valor dogmático, é, de fato, provavelmente mais útil para a compreensão do fenômeno objeto deste estudo do que empreender tentativa de formular-lhe um conceito sistemático-doutrinário, uma vez que ele não reduz à sua ocorrência sob o pálio de institutos e técnicas jurídicos de caráter processual-constitucional passíveis de sistematização. Por vezes, ele é assaz sutil. Destarte, na linha do que foi abordado no capítulo antecedente, é de verificar que não raro a própria composição do órgão jurisdicional – pelo perfil ideológico de seus integrantes – pode ter influência marcante em seu grau de ativismo judicial (e, no caso, é de reconhecer, não só em relação ao processual, mas também ao material).⁴⁸ Não por outro motivo, José Levi Mello do Amaral Júnior sustenta que se deve à expressiva alteração na composição do STF realizada nos últimos anos a forte mutação constitucional por hermenêutica que tem sido levada a cabo no Tribunal.⁴⁹

Outrossim, é precisamente por isso que Luiz Alberto David Araújo insurge-se contra a manutenção do processo de escolha dos ministros do Supremo Tribunal Federal, ao argumento de que, tendo sido continuamente conferido a ele um acúmulo de poderes, seria necessário que a sociedade civil tivesse uma participação maior na escolha dos membros do STF para que esse acúmulo se legitimasse democraticamente.⁵⁰ Com efeito, nos países europeus que adotam o sistema concentrado e abstrato de jurisdição constitucional, a composição dos Tribunais Constitucionais não só é aberta à disputa política no Parlamento, como seus membros exercem mandatos com prazo predefinido, e não cargos em regime de vitaliciedade, como sucede no Brasil.

Assim, por conta dessas considerações, a seguir serão aduzidos alguns poucos casos em que se verificam manifestações de ativismo judicial processual do Supremo Tribunal Federal. Alguns já estão findos; outros ainda pendem de julgamento e, portanto, a tendência neles manifestada pode vir a não se

⁴⁸ Veja-se, a esse respeito, o que já foi afirmado no capítulo anterior acerca do *Court-packing plan* de Roosevelt. Confira-se, ainda, GRIFFIN, Stephen M., op. cit., p. 39.

⁴⁹ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do, op. cit., p. 103.

⁵⁰ ARAÚJO, Luiz Alberto David, op. cit., pp. 343-5.

concretizar. Mas em todos, mesmo nos que ainda estão em trâmite, o espírito da excessiva discricionariedade, quase arbitrariedade, técnico-jurídica processual está presente, sempre amparado nos discursos da garantia de segurança jurídica, pela solução judicial isonômica e, sobretudo, célere das controvérsias na sociedade e da máxima efetividade da Constituição.

Além de serem justificados pelos discursos da segurança jurídica e da máxima efetividade e força normativa das normas constitucionais, a par de aqui e ali por uma reinterpretação lassa de outras categorias jurídicas fundamentais, como a da separação dos poderes, o que todos têm em comum é o fato de que, como manifestações, expressas ou implícitas, de ativismo judicial processual, neles verifica-se uma releitura – concretizada ou meramente tendencial – de institutos processual-constitucionais do controle jurisdicional de constitucionalidade dos atos dos Poderes Públicos no Brasil, de modo a, direta ou indiretamente, fortalecer o controle concentrado (e, pois, o STF) em detrimento do difuso, a aproximar cada vez mais o país do modelo kelseniano na mesma proporção em que a afastá-lo do americano, num processo que propende à extinção do atual sistema misto brasileiro e à adoção completa de uma jurisdição constitucional concentrada no Brasil.

4.2.1

A suspensão de execução de lei inconstitucional pelo Senado e mutação constitucional

O constituinte de 1891, como já visto,⁵¹ adotou no ordenamento jurídico pátrio o controle jurisdicional difuso e *in concreto* de constitucionalidades das leis, inspirado no *judicial review* americano. Entretanto, ao fazê-lo, não se preocupou com o fato de que tal modelo tenha nascido em um país de *common law*, essencialmente vinculado à doutrina do *stare decisis*. Destarte, implantado no Brasil sem que se considerassem sua estranheza e suas conseqüências em um país de tradição jurídica romano-germânica, desvestido da vinculação dos precedentes judiciais, o sistema brasileiro da Constituição de 1891 acabou por impedir que as

⁵¹ V. tópico 1.4 do capítulo I deste trabalho.

decisões do Supremo Tribunal Federal que viessem a reconhecer a inconstitucionalidade de uma lei, ao contrário da sua congênere americana, tivessem o condão de influir na eficácia do ato inconstitucional, mesmo perante tribunais de instâncias inferiores, ainda que sua absoluta nulidade fosse posteriormente reiterada inúmeras vezes em sucessivos julgamentos pelo mesmo STF. Foi, então, para solucionar esse impasse, que o constituinte de 1934 estabeleceu a regra que incumbia ao Senado a competência para conferir eficácia *erga omnes* às decisões definitivas de inconstitucionalidade proferidas pela Corte Suprema.⁵²

Esse dispositivo, verdadeira inovação à época, inspirado talvez inconscientemente em solução de compromisso “intermediária” aventada por Kelsen – e por ele mesmo criticada –⁵³ entre a adoção e a não-adoção de um sistema de jurisdição constitucional abstrata, suscitou diversas controvérsias doutrinárias,⁵⁴ com reflexos na jurisprudência do Supremo Tribunal, acerca, *verbi gratia*, da vinculação ou discricionariedade do Senado em suspender a eficácia do ato, após a decisão da Corte, acerca, ainda, da amplitude e natureza do ato, bem assim sobre a atribuição de efeitos *ex tunc* ou *ex nunc* à resolução da Casa Parlamentar,⁵⁵ entre outras; as quais se justificavam plenamente a seu tempo, porque, afinal, o controle difuso era, em verdade, o único modelo brasileiro de controle de constitucionalidade.⁵⁶

⁵² TAVARES, Ana Lúcia de Lyra. “Aspects de l’acclimation du “Judicial Review” au droit brésilien”, *Revue Internationale de Droit Comparé*. Paris, n. 4, out./dez. 1986, p. 1154.

⁵³ Para Kelsen, como já visto no Capítulo I, Item 1.3, “*seria ingenuidade política contar que ele [o Parlamento] anularia uma lei votada por ele próprio pelo fato de outra instância a ter declarado inconstitucional*”. KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Trad. de Alexandre Krug, Eduardo Brandão e Maria Ermantina Galvão. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 150. No caso brasileiro, a solução da suspensão pelo Senado da lei reputada inconstitucional pela Corte Suprema foi encontrada após a rejeição, na Constituinte, da proposta de criação no país de um Tribunal Constitucional de modelo kelseniano. Confirma-se MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*, op. cit., pp. 29-30.

⁵⁴ Assim, dentre outros, BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis* (atualizado por José de Aguiar Dias). 2ª ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, pp. 145-6. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, op. cit., pp. 1025-37. BARROSO, Luís Roberto, op. cit., pp. 109-10. ZAVASCKI, Teori Albino, op. cit., 2001, pp. 31-2. PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*. 2ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pp. 145-53. VELOSO, Zeno, op. cit., pp. 54-60.

⁵⁵ Segundo bem resume Luís Roberto Barroso, a despeito de doutrinariamente as divergências persistirem, o STF consolidou sua jurisprudência no sentido de reputar a resolução do Senado ato político, discricionário, portanto, não sujeito a prazo, e, quando editado, com eficácia *ex tunc*. BARROSO, Luís Roberto, op. cit., pp. 110-11.

⁵⁶ A representação interventiva, criação do Constituinte de 1934, embora seja corretamente reconhecida como uma forma embrionária de controle concentrado e abstrato de

A despeito dessas controvérsias, nunca se questionou seriamente⁵⁷ que, agindo vinculada ou discricionariamente – não importa –, era a resolução do Senado, e somente ela, que conferia eficácia *erga omnes* à decisão do STF, a qual, enquanto não editado o ato parlamentar, somente produziria efeitos *inter partes*. Ademais, essa solução normativa do constituinte de 1934 foi consagrada em praticamente todas as Cartas que a sucederam,⁵⁸ com a mesma redação que veio a ser perfilhada na atual Constituição de 1988, em seu artigo 52, inciso X, a dispor que compete privativamente ao Senado Federal “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

Essa reiteração no texto de 1988 tem suscitado fortes críticas por grande parte da doutrina, para quem o dispositivo é atualmente um “*anacronismo*”,⁵⁹ porquanto, se em 1934 justificava-se como uma forma de adequar o controle jurisdicional de constitucionalidade, que à época era somente difuso, à ausência no país da doutrina do *stare decisis*, hoje em dia, com a ênfase dada ao controle concentrado e abstrato, e mesmo por força do disposto no parágrafo único do artigo 481 do Código de Processo Civil, introduzido pela Lei n. 9.756, de 17 de dezembro de 1998,⁶⁰ sua solução seria desnecessária e, bem por isso, inútil.

Dentre esses doutrinadores que criticam o disposto no artigo 52, inciso X, da Constituição de 1988, nenhum tem sido tão contundente na forma e bem fundamentado no conteúdo quanto o Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Com efeito, já no início da vigência da atual Carta – quando ainda estava a anos de vir a integrar o STF –, juntamente com Ives Gandra da Silva Martins, elaborou estudo,

constitucionalidade pelo Judiciário, não chegou a representar uma adoção de modelo concentrado e abstrato no Brasil, o que somente viria a ser feito propriamente pela Emenda Constitucional n. 16 de 1965.

⁵⁷ É certo que Lúcio Bittencourt dá a entender que, para ele, o ato do Senado apenas torna pública a decisão do STF, a qual “*continuará a produzir todos os seus efeitos regulares*”. Ocorre que os efeitos regulares de tal decisão eram precisamente produzidos apenas *inter partes*. BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio, op. cit., pp. 145-6.

⁵⁸ É bem de ver que a Carta de 1937 estabeleceu a possibilidade de, em vez de o Senado suspender a eficácia da lei cuja inconstitucionalidade tenha sido reconhecida pelo Supremo Tribunal, o Parlamento Nacional – que ficou fechado durante a vigência da Constituição, com o Chefe do Poder Executivo fazendo as suas vezes – suspender, isto sim, a decisão judicial que tivesse reconhecido a inconstitucionalidade de alguma lei. MENDES, Gilmar Ferreira, op. cit., pp. 32-8.

⁵⁹ BARROSO, Luís Roberto, op. cit., p. 111.

⁶⁰ A Lei n. 9.756/98 é mais uma das que, ao longo da vigência da Constituição de 1988, alargaram os efeitos das decisões do STF, em nome dos “princípios da economia, da celeridade, da racionalidade dos serviços judiciários, da segurança e da igualdade”. ZAVASCKI, Teori Albino, op. cit., p. 37.

acolhido como proposta de Emenda Constitucional pelo então Deputado Federal Roberto Campos, que propugnava a criação da ação declaratória de constitucionalidade, bem assim, expressamente, a supressão do citado dispositivo, que, prescindível dizer, não veio a ser aprovada pelo Congresso Nacional nesta última parte.⁶¹

Ademais, na seara propriamente doutrinária, Gilmar Ferreira Mendes, de modo muito bem fundamentado, relaciona vários argumentos contrários à manutenção do procedimento estipulado no inciso X, dentre os quais o de que a norma partiria de uma premissa de separação dos poderes que não mais estaria em vigor no Brasil hodiernamente, como também porque o controle concentrado e abstrato constituiria, presentemente, a tônica do sistema brasileiro, tendo igualmente a praxis judicial do STF se direcionado para a atribuição de força vinculativa a seus próprios precedentes em controle incidental de constitucionalidade, bem assim que a previsão da súmula vinculante, pela Reforma do Judiciário de 2004, “*acabará por dotar a declaração de inconstitucionalidade proferida em sede incidental de efeito vinculante*”.⁶²

Por todas essas considerações, o renomado constitucionalista e atual ministro do Supremo Tribunal Federal propõe mutação constitucional hermenêutica no texto do artigo 52, X, para que dele extraia-se competir ao Senado um simples dever de conferir publicidade à decisão do STF, mediante sua publicação no Diário do Congresso. Essa tese, pelo óbvio fato de seu autor ser membro do Supremo Tribunal Federal, não tardaria a ser suscitada na Corte.

O Plenário do STF, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 82.959/SP,⁶³ reconheceu, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, por entender que a vedação da progressão de regime de cumprimento de pena privativa de liberdade por crimes hediondos ou a eles assemelhados, tal como estabelecida por essa norma, ofenderia o princípio constitucional da individualização da pena.

⁶¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, op. cit., p. 1004.

⁶² Idem, p. 1036; v., ainda, MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*: estudos de direito constitucional. 3ª ed., rev. e ampl. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 270-80.

⁶³ STF, HC n. 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, Plenário, julgado em 23.02.2006, DJ 1º.09.2006, p. 18 (Ementário/STF n. 2245-3, p. 510).

Mesmo após esse julgamento, que foi amplamente divulgado nos veículos de comunicação, o Juízo de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco, Estado do Acre, seguiu a indeferir requerimentos de progressão de regime, formulados com supedâneo na alteração da jurisprudência do STF, partindo do pressuposto de que essa decisão, embora tendo marcado uma guinada substancial na jurisprudência do Tribunal, foi proferida num caso concreto, especificamente no julgamento de um *habeas corpus*, e, por conseqüência, tratando-se de controle difuso de constitucionalidade, produziria efeitos apenas *inter partes* até que o Senado Federal, nos termos do aludido artigo 52, inciso X, da Constituição, houvesse por bem conferir-lhe eficácia *erga omnes*.

Contra as decisões do referido Juízo, foi ajuizada a reclamação n. 4335/AC⁶⁴ perante o STF, sob o argumento de que elas afrontariam a autoridade do acórdão prolatado pelo Tribunal no aludido *habeas corpus*, tendo sido designado relator exatamente o Ministro Gilmar Ferreira Mendes.

Antes mesmo de levar a reclamação à apreciação do Plenário do Tribunal, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes deferiu medida liminar, de ofício, para determinar a análise da progressão de regime dos interessados até o seu julgamento, sob o fundamento de que o STF, no *Habeas Corpus* n. 82.959/SP, buscou “conferir máxima efetividade ao princípio da individualização das penas (CF, art. 5º, LXVI) e ao dever constitucional-jurisdicional de fundamentação das decisões judiciais (CF, art. 93, IX)”.⁶⁵

Colocada ao conhecimento do Plenário, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, reafirmando os argumentos que já expendera doutrinariamente, votou no sentido de conhecer da reclamação, haja vista a necessidade de o Tribunal empreender, pela via da exegese, a mutação constitucional do artigo 52, inciso X, da Constituição, para que dele se infira que compete ao Senado apenas dar publicidade às decisões de inconstitucionalidade de leis pelo STF, as quais, contudo, desde que proferidas, já teriam eficácia geral, independentemente do ato

⁶⁴ STF, Rcl n. 4.335/AC, Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, Plenário, julgamento ainda não concluído.

⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl n. 4.335/AC, Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, Plenário. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=164&dataPublicacaoDj=25/08/2006&numProcesso=4335&siglaClasse=Rcl&codRecurso=0&tipoJulgamento=M&codCapitulo=6&numMateria=118&codMateria=2>. Acesso em: 22. mai. 2008.

da Casa Legislativa. Considerou, então, que o referido inciso X nasceu em 1934 de uma concepção de separação de poderes que não mais estaria em vigor, bem como que a ênfase dada ao controle abstrato de normas no regime constitucional de 1988 teria restringido o controle difuso ao ponto de o dispositivo em questão ter perdido sua razão de ser.⁶⁶ Após ter pedido vista dos autos, o Ministro Eros Grau acompanhou o relator, para reconhecer a mutação constitucional aventada.

Em divergência, o Ministro Sepúlveda Pertence, embora reconhecendo a pertinência das críticas do Ministro Gilmar Ferreira Mendes acerca da obsolescência do dispositivo, por conta da ampliação do modelo de controle concentrado e de sua prevalência sobre o difuso, afirmou que não se poderia combater o artigo 52, inciso X, da Constituição, que reiterou expressamente no texto vigente regra que fora disposta em quase todas as Constituições desde a de 1934, por meio de um “*projeto de decreto de mutação constitucional*”.⁶⁷ Além disso, ao contrário do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, que defende que a instituição da súmula vinculante pela reforma de 2004 demonstraria a desnecessidade da questionada norma, o Ministro Sepúlveda Pertence considerou que, se o STF pretender conferir efeito vinculante a alguma de suas decisões em controle incidental, independentemente de resolução do Senado, ele dispõe precisamente do procedimento previsto pelo artigo 103-A da Constituição, o qual convive perfeitamente com o disposto na tradicional regra da suspensão da execução da norma pela Casa Legislativa.

O Ministro Joaquim Barbosa, também em divergência, além de acompanhar os motivos do Ministro Pertence, notadamente quanto à possibilidade

⁶⁶ Confira-se BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo STF*. Brasília, n. 454, 1º.2.2007 a 2.2.2007. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/arquivo/informativo/documento/informativo454.htm>. Acesso em: 22. mai. 2008. É preciso registrar que, como o julgamento da reclamação ainda não foi concluído, a única fonte ao que nele tem sido debatido é o *Informativo STF*, que, embora não sendo repositório oficial de jurisprudência da Corte, é revista eletrônica mantida pelo próprio Tribunal, com a finalidade de divulgar seus julgamentos, e que conta com amplo acompanhamento de suas notícias pela comunidade jurídica brasileira. Ademais, alguns dos próprios ministros do Supremo Tribunal Federal vez por outra se referem a alguma decisão da Corte pelo que foi publicado no *Informativo*. Um desses casos é precisamente a decisão liminar concedida pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes na referida reclamação n. 4.336/AC, na qual ele transcreve a notícia, divulgada pela revista eletrônica, do acórdão prolatado no julgamento do HC n. 82.959/SP, que à época ainda não fora publicado no *Diário Oficial*.

⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo STF*. Brasília, n. 463, 16.04.2007 a 20.04.2007. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/arquivo/informativo/documento/informativo463.htm>. Acesso em: 23. mai. 2008.

de edição de súmula vinculante caso o Tribunal não queira aguardar a resolução do Senado, foi quem identificou de forma muito clara a tentativa de ativismo judicial processual neste caso. Assim é que, para ele, não seria correto falar em mutação constitucional no inciso, haja vista que aquilo que o relator estava a propor era, por via interpretativa, uma mudança de sentido da norma, expressamente contrária à própria literalidade do seu texto, o que “*iria na contramão das conhecidas regras de auto-restrição*”⁶⁸ judicial. Para ele, ainda, o reconhecimento da mutação constitucional, não podendo ser banalizado, exige a ocorrência de um lapso temporal significativo entre o contexto da edição da norma e o da alteração de seu âmbito de incidência, afora a verificação de seu completo desuso, o que, consoante o Ministro Barbosa, não teria sucedido. Após seu voto, o julgamento foi suspenso em razão de pedido de vista do Ministro Ricardo Lewandowski e assim se encontra até o presente momento.

Feito esse resumo do caso, como se vê, em primeiro lugar, é preciso reconhecer a possibilidade de vir a ser contestado seu registro como exemplo de ativismo judicial processual do STF, não só por ainda não haver sido concluído, sendo, portanto, possível até mesmo que algum dos ministros que já votaram reajuste seu voto, bem como pelo fato de que a votação encontra-se empatada, tendo, inclusive, um dos ministros aludido às “*conhecidas regras de auto-restrição*” para apontar o ativismo judicial dos dois magistrados que votaram pelo conhecimento da reclamação. Nesse sentido, aliás, caso se considerem tão-somente os votos divergentes, poder-se-ia argüir que a questão, em vez de ativismo, estaria a ressaltar a autocontenção da Corte.

Ocorre que este exemplo é elencado aqui como representativo do ativismo judicial processual certamente não por seu resultado, mas pela tendência nele manifestada, a qual, como poucas vezes – se é que alguma vez – na história recente do STF, mostra-se em sua inteireza, de alargar os efeitos processuais das decisões do Supremo Tribunal Federal e, pois, os limites de seu poder, por mera reinterpretção de categorias jurídicas por parte de juízes da Corte. O fato de o julgamento ainda não ter sido concluído e, portanto, haver a possibilidade de que seu resultado mostre um Tribunal disposto, no caso, a rechaçar tal alargamento não infirma o valor da tendência de ativismo processual nele manifestada.

⁶⁸ Ibidem.

Destarte, mesmo que os Ministros Gilmar Ferreira Mendes e Eros Grau venham a ser vencidos nos debates, suas opiniões não serão apagadas e poderão, no futuro, como não é incomum acontecer em órgãos jurisdicionais, vir a posteriormente liderar modificações na jurisprudência do Tribunal.⁶⁹

No que toca propriamente à manifesta tendência ao ativismo processual do julgamento, é bem de ver que, ainda que se considere que as críticas formuladas pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes ao artigo 52, inciso X, da Constituição, sejam pertinentes – e, como afirmado, muitos constitucionalistas compartilham de seu posicionamento –, é no mínimo extremamente problemático tentar negar vigência a um preceito normativo já tradicional nas Constituições brasileiras, cujo escopo básico é há muito bem conhecido da doutrina e da jurisprudência do STF, pela via de um “projeto” de mutação constitucional por mera interpretação judicial. Aliás, a própria mutação constitucional, como indicado pelo Ministro Joaquim Barbosa, exige um lapso temporal que dificilmente poderia ser identificado, para não se incorrer em sua banalização, aos cerca de vinte anos desde a vigência da Carta de 1988.

Ademais, o argumento do Ministro Gilmar Ferreira Mendes acerca da instituição, pela Emenda Constitucional n. 45/2004, da súmula vinculante como fator determinante para a mutação constitucional proposta, na realidade, acaba por provar o contrário, já que, quisesse o constituinte derivado conferir de *per si* às decisões do STF em controle concreto e difuso de constitucionalidade eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, não teria estabelecido um procedimento no artigo 103-A a ser adotado para tanto. Nesse sentido, embora, como já afirmado, o Legislativo tenha sido um dos maiores responsáveis pelo acúmulo de poderes do STF nos últimos anos, a súmula vinculante pode ser vista como um poder a mais adquirido pela Corte, porém, ao mesmo tempo, um limite à adoção genericamente de efeitos vinculantes às suas decisões. Afinal, se, para ter eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, as decisões do STF não necessitassem da resolução do Senado,

⁶⁹ A esse respeito, veja-se, por exemplo, o já mencionado célebre voto vencido do Justice Oliver Wendell Holmes Jr., proferido em *Lochner v. People of State of New York*, que acabou posteriormente – décadas depois – por ter mais influência no constitucionalismo americano do que a tese vencedora do julgamento. Do mesmo modo, é bem de ver que, por vezes, uma mera nota de rodapé em um voto pode tornar-se mais importante para o constitucionalismo de um país do que o que aduzido no texto do próprio voto ou do teor do julgamento do caso em questão, como se deu com a famosa *footnote n. 4* de *United States v. Carolene Products Co.* Confira-se, sobre ambos os casos, o Capítulo II, Item II.1.3.1, deste trabalho.

igualmente também não necessitariam obedecer ao disposto no artigo 103-A da Constituição.

Seja como for, mais do que esse argumento, o problema maior da tendência ao ativismo judicial processual dos Ministros Gilmar Ferreira Mendes e Eros Grau no aludido julgamento foi a releitura de conhecidas categorias jurídicas para atribuir ao STF maior poder. Assim, caso se siga o raciocínio do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, ver-se-á que ele, basicamente, partindo do pressuposto de que a decisão proferida no *Habeas Corpus* n. 82.959/SP teve em mira conferir a “máxima efetividade” aos princípios da individualização das penas e da motivação das decisões judiciais, e considerando que o artigo 52, X, foi originariamente concebido quando “*medrava certa concepção da divisão dos Poderes, há muito superada*”,⁷⁰ entendeu que esse dispositivo deveria ser reinterpretado de modo a fazer do Senado um simples estafeta do Supremo Tribunal Federal, tendo concedido, então, medida liminar de ofício para dar máxima efetividade à decisão proferida inter partes pelo Tribunal.

Em outras palavras, a tendência ao ativismo judicial processual revela-se aqui na manifestação pelo órgão máximo do Judiciário brasileiro de que a concepção de separação dos poderes atualmente em vigor dá a ele próprio, em nome da máxima efetividade das normas de uma Constituição que cabe a ele zelar, o poder de tornar ilimitados os efeitos de quaisquer decisões que venham a ser proferidas pelo STF.

Esse espírito de ativismo processual, que, por ora, nessa reclamação é apenas tendência, como será visto a seguir, já se concretizou, todavia, em outros julgamentos.

4.2.2

Nulidade do ato inconstitucional e modulação dos efeitos temporais

Por conta de sua inspiração americana, e sob a influência do entendimento de Rui Barbosa, desde a instituição do controle jurisdicional de

⁷⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, op. cit., p. 1032.

constitucionalidade no Brasil, em 1891, vigora entre a maioria dos doutrinadores pátrios e na jurisprudência dos tribunais, notadamente na do STF, o princípio de que lei inconstitucional é nula de pleno direito, já em seu nascimento e durante toda a sua existência, e, portanto, a decisão judicial que reconhece sua incompatibilidade com o texto da Constituição tem natureza meramente declaratória, a produzir efeitos *ex tunc*, retroagindo até o momento de sua entrada em vigor.⁷¹ Afinal, como visto no Capítulo I, Item 1.2, foi o próprio Marshall quem, em *Marbury v. Madison*, afirmou que um ato do Legislativo contrário à Constituição é nulo (*void*).

Ocorre que, conforme também anotado anteriormente, no Capítulo II, item II.1.3.1, desde pelo menos 1965, no julgamento do caso *Linkletter v. Walker*, mesmo nos Estados Unidos o princípio da nulidade da lei inconstitucional – e, pois, da retroatividade dos efeitos da decisão que proclama a nulidade da lei – foi mitigado pela Suprema Corte americana, para quem a “*Constituição nem proíbe nem exige efeito retroativo*” ao reconhecimento judicial da inconstitucionalidade de um ato do Poder Público.⁷²

Nesse sentido, o constitucionalismo americano, desde pelo menos *Linkletter v. Walker*, encurtou a distância que o separava do modelo kelseniano, pelo qual, consoante afirmado no Capítulo I, Tópico I.3, em nome principalmente da segurança jurídica, o ato jurídico inconstitucional é anulável e a decisão que pronuncia sua inconstitucionalidade tem natureza constitutiva, com efeitos *ex nunc*, sendo possível, inclusive, pelos mesmos motivos de segurança jurídica, a modulação dos efeitos temporais da decisão.⁷³

⁷¹ É bem verdade que sempre houve entre os constitucionalistas brasileiros quem defendesse que lei inconstitucional era juridicamente inexistente, como outros ainda há muito tempo sustentavam a anulabilidade, e não a nulidade, do ato inconstitucional. V. BARBORA, Rui. “Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo”. In: —. *Trabalhos jurídicos*. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1962; BITTENCOURT, C.A. Lúcio, op. cit., pp. 131-49; VELOSO, Zeno, op. cit., pp. 177-200; BARROSO, Luís Roberto, op. cit., pp. 11-20; PALU, Oswaldo Luiz, op. cit., pp. 162-9; SILVA, José Afonso da, op. cit., pp. 52-6.

⁷² Cf. *Linkletter v. Walker*, 381 U.S. 618 (1965).

⁷³ Embora já tenha sido citado no capítulo I, item 1.3, deste trabalho, cumpre transcrever novamente o trecho da obra de Kelsen, pela importância que têm ao texto acima. Diz Kelsen: “*O ideal de segurança jurídica requer que, geralmente, só se atribua efeito à anulação de uma norma geral irregular pro futuro, isto é, a partir da anulação. Deve-se considerar inclusive a possibilidade de não se deixar a anulação entrar em vigor antes de expirar certo prazo*”. KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional* (trad. Alexandre Krug, Eduardo Brandão e Maria Ermantina Galvão). 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 145.

Assim, se nem na matriz da doutrina brasileira da nulidade do ato inconstitucional considera-se mais vedada a atribuição de efeitos prospectivos à decisão que pronuncia a inconstitucionalidade do ato, como de resto essa atribuição é permitida aos Tribunais Constitucionais de inspiração kelseniana, não é de espantar que o princípio da retroatividade *tout court* tenha sido objeto de tentativas de mitigação também no Brasil. Destarte, como anota Luís Roberto Barroso,

por ocasião da Assembléia Constituinte que elaborou a Constituição de 1988, foi apresentada proposta que permitiria ao Supremo Tribunal Federal determinar se a declaração de inconstitucionalidade em ação direta retroagiria ou não. A idéia foi rejeitada. Durante o incipiente processo de revisão levado a efeito em 1994, procurou-se uma vez mais autorizar o Supremo Tribunal Federal a limitar os efeitos retroativos de suas decisões declaratórias de constitucionalidade. Novamente sem sucesso.⁷⁴

Em que pesem essas tentativas frustradas, como sabido, em 10 de novembro de 1999 foi promulgada a Lei n. 9.868, cujo artigo 27 expressamente permite a mitigação do princípio constitucional da nulidade do ato jurídico incompatível com a Constituição, mediante a modulação dos efeitos temporais da decisão que reconhece a inconstitucionalidade, por razões de segurança jurídica e excepcional interesse social.

A introdução desse preceito no ordenamento jurídico brasileiro por via de lei ordinária, quando anteriormente tanto o constituinte originário quanto o revisor já haviam rechaçado sua instituição no país, embora aplaudida por grande parte da doutrina, não foi recebida sem críticas na comunidade jurídica. Nesse sentido, é novamente o professor Luís Roberto Barroso, que participou da comissão formada para a elaboração do anteprojeto de lei que viria a se configurar na Lei n. 9.868/99, quem dá o tom das críticas ao disposto no citado artigo 27:

Aqui cabe um registro pessoal. Havendo participado da comissão constituída pelo Ministro da Justiça para elaboração do anteprojeto que resultou na Lei n. 9.868/99 – que trabalhou sobre um texto base elaborado pelo hoje Ministro Gilmar Mendes –, manifestei-me contra a inovação, em voto vencido. Três argumentos fundamentaram meu ponto de vista. O primeiro era este que venho de expor: parecia-se que a providência desejada exigia uma emenda à Constituição. O segundo: o STF já administrava satisfatoriamente o problema, atenuando o

⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto, op. cit., p. 23.

rigor da teoria da nulidade nas hipóteses em que ela produzia resultados colidentes com outros valores constitucionais. Em terceiro lugar, o temor, que no Brasil não é infundado, de que as exceções virem regra, manipuladas pelas “razões de Estado” ou pelo lastimável varejo político que ainda é a marca de um país em busca de amadurecimento.⁷⁵

Também Álvaro Ricardo de Souza Cruz critica contundentemente o dispositivo, sob o fundamento de que ele acaba por “*transformar o Supremo em verdadeiro Poder Constituinte Originário*”, na medida em que lhe confere enorme discricionariedade para, mediante invocação de argumentos utilitaristas e políticos, por juízos de conveniência e oportunidade, tendo por parâmetros de norteamento apenas a fluidez conceitual da segurança jurídica e o excepcional interesse social, manter situações de direta afronta à Constituição ou criar soluções temporais para conflitos constitucionais que, por si sós, possam gerar mais insegurança jurídica do que a inversa finalidade manifesta dos ministros. Por conta disso é que Souza Cruz, acerca dessa modulação dos efeitos temporais de uma decisão que pronuncia a inconstitucionalidade de um ato do Poder Público, pergunta-se, então, “*qual a diferença entre uma decisão do Supremo que mantenha a eficácia de uma norma inconstitucional e os Atos Institucionais do período da ditadura militar brasileira*”?⁷⁶

Tendo em mira, destarte, essa ordem de críticas, especialmente a consideração de que o postulado da nulidade da lei inconstitucional é tradicionalmente extraído pelo próprio STF da Constituição, não tardaria para que o artigo 27 da Lei n. 9.868/99, dentre outros dispositivos da mesma lei, viesse a ter sua constitucionalidade questionada em ação direta perante o Supremo Tribunal Federal. Assim é que foram propostas as ADIs n. 2.154-2/DF⁷⁷ e n. 2.258-0/DF,⁷⁸ respectivamente, pela Confederação Nacional das Profissões Liberais (CNPL) e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), ambas da relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, contra o citado dispositivo, dentre outros, da Lei n. 9.868/99.

⁷⁵ Ibidem, p. 24, nota de rodapé n. 61.

⁷⁶ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza, op. cit., p. 426.

⁷⁷ STF, ADI n. 2.154-2/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Plenário, julgamento ainda não concluído.

⁷⁸ STF, ADI n. 2.258-0/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Plenário, julgamento ainda não concluído.

Embora o julgamento dessas ações diretas de inconstitucionalidade – que estão sendo apreciadas em conjunto – não tenha sido concluído, já que um pedido de vista da Ministra Cármen Lúcia o suspendeu, o relator, Ministro Sepúlveda Pertence,⁷⁹ único a votar até este momento acerca do questionamento do artigo 27 da Lei n. 9.868/99, ao salientar que a “*nulidade da lei inconstitucional decorre, no sistema da Constituição, da adoção, paralela ao controle direto e abstrato, do controle difuso de inconstitucionalidade, entendeu que uma alteração dessa magnitude só poderia ser feita por emenda constitucional*”.⁸⁰ Vê-se, dessa maneira, que o Ministro Sepúlveda Pertence foi sensível às críticas doutrinárias ao reputar esse dispositivo inconstitucional.

Ocorre que, no julgamento da ADI n. 2.240-7/BA,⁸¹ relator o Ministro Eros Grau, o Supremo Tribunal Federal não só discutiu e aplicou o citado dispositivo, como, ao fazê-lo, nos termos do voto-vista do Ministro Gilmar Ferreira Mendes valeu-se de “*sua versão mais ampla*”.⁸²

A referida ação direta de inconstitucionalidade foi proposta pelo Partido dos Trabalhadores contra a Lei n. 7.619/2000, do Estado da Bahia, que criou o Município de Luís Eduardo Magalhães, no referido estado, por ofensa ao artigo 18, § 4º, da Constituição da República, já que a lei complementar nele prevista até hoje não foi promulgada pelo legislador federal e, conseqüentemente, segundo se alegava na ação, não seria possível criar município sem o regulamento de lei inexistente.

O Ministro Eros Grau, relator, votou no sentido de se julgar improcedente o pedido de declaração de inconstitucionalidade da lei estadual. Embora reconhecesse que ela fora promulgada em desrespeito ao artigo 18, § 4º, da

⁷⁹ Como o Ministro Sepúlveda Pertence aposentou-se pouco depois de proferir seu voto no julgamento dessas ADIs, ele é definitivo.

⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo STF*. Brasília, n. 476, 13.08.2007 a 17.08.2007. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/arquivo/informativo/documento/informativo476.htm>>. Acesso em: 26. mai. 2008.

⁸¹ STF, ADI n. 2.240-7/BA, Rel. Min. Eros Grau, Plenário, un., julgado em 09.05.2007, DJ 03.08.2007, p. 29 (Ementário/STF n. 2.283-2, p. 279).

⁸² V. voto-vista do Ministro Gilmar Ferreira Mendes na ADI n. 2.240-7/BA, Rel. Min. Eros Grau, Plenário, un., julgado em 09.05.2007, DJ 03.08.2007, p. 29 (Ementário/STF n. 2.283-2, p. 279). Seu voto-vista foi também publicado na revista jurídica eletrônica do STF. Assim, confira-se BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo STF*. Brasília, n. 467, 14.05.2007 a 18.05.2007. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/arquivo/informativo/documento/informativo467.htm>. Acesso em: 26. mai. 2008.

Constituição da República, o Ministro Eros Grau fez longa digressão acerca do princípio da segurança jurídica, analisado por ele em conformidade jurídica com a concepção eminentemente política de estado de exceção schmittiano,⁸³ bem como pela obra de Konrad Hesse, o que o levou a aceitar como fundamento de sua decisão a “*força normativa dos fatos*” aludida por Georg Jellinek. Destarte, unindo de uma forma curiosa as doutrinas de Konrad Hesse e de Carl Schmitt, mas inescandivelmente mais influenciado por este, o Ministro Eros Grau entendeu que, para assegurar força normativa da Constituição, em nome do princípio da segurança jurídica, seria preciso reconhecer a criação inconstitucional do município como um fato político comparável a um estado de exceção e que a concretização da Constituição, “*nas situações de exceção, pode corresponder exatamente à desaplicação de suas normas a essas situações*”.⁸⁴ Em outras palavras, o relator, reconhecendo que a Lei Fundamental fora afrontada, invocou o princípio (jurídico) da segurança jurídica para se render ao que ele mesmo identificou como um estado de exceção e, com isso, deixar de aplicar a norma constitucional, julgando improcedente o pedido formulado na ADI.

Entretanto, se o voto do Ministro Eros Grau configura a representação perfeita do perigo do uso de categorias jurídicas – no caso, e sobretudo, o princípio da segurança jurídica – para justificar o que ele mesmo designou como estado de exceção, sua fundamentação na espécie, por si só, não pode ser considerada propriamente exemplo de postura ativista judicial processual, da forma como esse fenômeno é aqui identificado, na medida em que o ministro não propugnou a extensão dos efeitos das decisões do STF nem dos limites de sua competência; se bem que, é de reconhecer-se, simplesmente por aduzir argumentação de que a “*força normativa dos fatos*” permite ao Supremo Tribunal Federal deixar de aplicar normas da Constituição, sua tese, se não tem por finalidade direta alargar a competência da Corte, ao torná-la mais imprecisa, acaba por ter como conseqüência a possibilidade de o Tribunal desconsiderar em outros casos os limites jurídicos que separam sua função constitucional em nome de “razões de Estado”.

⁸³ Para uma conceituação crítica da concepção schmittiana de estado de exceção, v. AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Trad. Iraci D. Poletti. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 58.

⁸⁴ STF, ADI n. 2.240-7/BA, Rel. Min. Eros Grau, Plenário, un., julgado em 09.05.2007, DJ 03.08.2007, p. 29 (Ementário/STF n. 2.283-2, p. 279).

Diferentemente, mas sem dissentir em linhas gerais do pragmatismo do Ministro Eros Grau, o voto-vista do Ministro Gilmar Ferreira Mendes constitui a melhor tradução do ativismo judicial processual do STF, na medida em que colmatou as conclusões do relator mediante o uso de uma técnica jurídico-formal que alarga ilimitadamente a discricionariedade do Tribunal, ao lhe permitir que estabeleça casuisticamente os efeitos temporais de sua decisão.

Assim é que, para o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, conquanto o princípio (de hierarquia constitucional) da nulidade do ato inconstitucional ainda deva ser considerado a regra em sede de inconstitucionalidade, não se pode descuidar que o princípio da segurança jurídica também tem guarida na Constituição, de modo que seja imprescindível em certas hipóteses a ponderação entre ambos mediante o uso de técnicas inovadoras e alternativas de decisão, que não se prendem bem por isso à ortodoxia da equiparação pura da inconstitucionalidade à nulidade.

Essas técnicas, que para o ministro demonstram a relativização do dogma kelseniano do Tribunal Constitucional como “legislador negativo”, constituem-se, dentre outras mais, na interpretação conforme a Constituição, na declaração de nulidade parcial sem redução de texto, no reconhecimento da “lei ainda constitucional”,⁸⁵ no “apelo ao legislador” e na pronúncia de inconstitucionalidade sem declaração de nulidade.⁸⁶ Todas elas, para ele, encontram importante suporte normativo no artigo 27 da Lei n. 9.868/99, o qual, contudo, tem, em sua perspectiva, mera natureza interpretativa da Constituição – e, por seu caráter de norma de interpretação autêntica da Lei Fundamental, não seria inconstitucional. Destarte, em suas próprias palavras,

nesses termos, fica evidente que a norma contida no artigo 27 da Lei n. 9.868/99 tem caráter fundamentalmente interpretativo, desde que se entenda que os conceitos jurídicos indeterminados utilizados – segurança jurídica e excepcional interesse social – se revestem de base constitucional. No que diz respeito à segurança jurídica, parece não haver dúvida de que encontra expressão no próprio

⁸⁵ Sobre a adoção da tese da “lei ainda constitucional” pelo STF, v. o *leading case* RE 147.776/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1º Turma, unânime, julgado em 19.05.1998, DJ 19.06.1998, p. 9 (Ementário/STF n. 1.915-1, p. 136).

⁸⁶ Acerca dessas técnicas no Direito Constitucional alemão – no qual comumente o Ministro Gilmar Ferreira Mendes busca a autoridade de suas teses –, v. MENDES, Gilmar Ferreira. “O apelo ao legislador – “Appellentscheidung” – na práxis da Corte Constitucional Federal alemã”. In: —. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3ª ed., rev. e ampl. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 396-427.

princípio do Estado de Direito consoante, amplamente aceito pela doutrina pátria e alienígena. Excepcional interesse social pode encontrar fundamento em diversas normas constitucionais.⁸⁷

Por esse trecho de seu voto-vista, vê-se que, embora o ministro se esforce para demonstrar que “*a não-aplicação do princípio da nulidade não se há de basear em consideração de política judiciária, mas em fundamento constitucional próprio*”, ele propugna uma interpretação do artigo 27 como se este fosse mera explicitação de preceitos constitucionais, ao mesmo tempo em que deixa completamente em aberto a vinculação normativa dos critérios da segurança jurídica e do excepcional interesse social para a aplicação mais pragmática que o Tribunal entender cabível.

Não é por outro motivo, aliás, que o ministro, em vez de apontar os riscos para a estabilidade e o equilíbrio dos Poderes por uma postura ativista do STF, chama a atenção, isto sim, para o que ele reputa o perigo de uma atitude de auto-restrição do Tribunal – que constituiria em sua visão em não promover as gradações técnicas ao princípio da nulidade acima aludidas – por conta de considerações precipuamente políticas e não jurídicas. Cumpre, neste ponto, transcrever o trecho de seu voto, *in verbis*:

O perigo de uma tal atitude desmesurada de *self restraint* (ou **greater restraint**) pelas Cortes Constitucionais ocorre justamente nos casos em que, como o presente, a nulidade da lei inconstitucional pode causar uma verdadeira catástrofe – para utilizar a expressão de Otto Bachof – do ponto de vista político, econômico e social.⁸⁸

Essa negativa explícita de uma postura de auto-restrição judicial do Tribunal, e, pois, uma conclamação a um ativismo de natureza processual – já que relativo aos efeitos temporais da decisão da Corte, independentemente do mérito da questão debatida –, tal como contida no voto-vista do Ministro Gilmar Mendes,

⁸⁷ Voto-vista do Ministro Gilmar Ferreira Mendes na ADI n. 2.240-7/BA, Rel. Min. Eros Grau, Plenário, un., julgado em 09.05.2007, DJ 03.08.2007, p. 29 (Ementário/STF n. 2.283-2, p. 279). Confira-se, também, BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo STF*. Brasília, n. 467, p. 20, 14.05.2007 a 18.05.2007. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/arquivo/informativo/documento/informativo467.htm>>. Acesso em: 27. mai. 2008.

⁸⁸ Voto-vista do Ministro Gilmar Ferreira Mendes na ADI n. 2.240-7/BA, Rel. Min. Eros Grau, Plenário, un., julgado em 09.05.2007, DJ 03.08.2007, p. 29 (Ementário/STF n. 2.283-2, p. 279) – destaques no original.

se teve o apoio da esmagadora maioria dos ministros do STF, não passou despercebida da crítica do Ministro Marco Aurélio, o único a votar contrariamente à proposta do primeiro. Veja-se, então, o que disse o Ministro Marco Aurélio, *in verbis*:

O que ocorre agora? Ocorre que estaremos placitando a criação de um município à margem da Constituição Federal.

Já se disse da tribuna, e se repete muito, que a Constituição é o que o Supremo declara que ela é. Não vejo dessa forma a Carta de 1988, que, repito, considero tão mal-amada [...].

[...] Placitada a criação desse município ao arrepio do que se contém na Constituição Federal, a porta ficará aberta para endossarmos, em conflito evidente com a Carta da República, a criação de outros municípios.⁸⁹

Em que pese essa advertência do Ministro Marco Aurélio, os demais integrantes da Corte, embora acompanhando o relator, acolheram a proposta do Ministro Gilmar Ferreira Mendes de pronunciar a inconstitucionalidade da questionada lei baiana sem declarar-lhe a nulidade, e, nos termos do artigo 27 da Lei n. 9.868/99, manter sua vigência pelo lapso temporal de 24 meses, período em que o legislador estadual deveria reapreciar o tema à luz da lei complementar federal, que, também por determinação do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão n. 3.682/MT,⁹⁰ prolatado na mesma sessão, deverá ser promulgada no prazo de 18 meses pelo legislador federal.

Um ponto interessante, a confirmar o caráter latente ou *fuzzy* do ativismo judicial processual anteriormente mencionado, que surge da análise em cotejo dos votos dos Ministros Eros Grau e Gilmar Ferreira Mendes no acórdão da ADI n. 2.240-7/BA é que ambos demonstram pragmaticamente a mesma preocupação – conformar o controle judicial de constitucionalidade a uma realidade inescapável –, mas apresentam soluções que divergem na forma de abordagem. Destarte, o primeiro, ainda que se arrime também em autorizados argumentos jurídicos, não esconde que aceita como solução para o caso a não-aplicação da Constituição em

⁸⁹ Voto vencido do Ministro Marco Aurélio na ADI n. 2.240-7/BA, Rel. Min. Eros Grau, Plenário, un., julgado em 09.05.2007, DJ 03.08.2007, p. 29 (Ementário/STF n. 2.283-2, p. 279).

⁹⁰ STF, ADI n. 3.682/MT, Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, Plenário, julgado em 09.05.2007, DJ 06.09.2007, p. 37 (Ementário/STF n. 2.288-2, p. 277).

nome de um fato político inexorável, identificado por ele mesmo como um estado de exceção, do qual extrai força normativa para guiar a decisão da Corte.

Já o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, por sua vez, dá propriamente forma jurídica ao discurso de aceitação da realidade política do Ministro Eros Grau, e talvez por esse encobrimento jurídico da realidade política tenha sido acompanhado pela maioria dos demais integrantes da Corte, inclusive pelo relator do acórdão. Ocorre que, ao contrário de Eros Grau, que se limita a reconhecer a impossibilidade de o STF desconstituir juridicamente uma situação fática tão complexa como a existência “putativa” de um ente federado, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, ao admitir essa problemática, aproveita o ensejo para alargar a discricionariedade do Tribunal acerca da disposição dos efeitos de suas decisões, no que foi acompanhado pela maioria dos ministros do STF.

4.2.3

O Leito de Procusto: verticalização, anualidade, segurança jurídica e os limites do controle de constitucionalidade

Em 26 de fevereiro de 2002, o Tribunal Superior Eleitoral editou a Resolução n. 21.993, a propósito de regulamentar as eleições que seriam realizadas nesse ano, na qual fixou, a pretexto de interpretar o sentido do artigo 6º da Lei n. 9.504/97, a chamada regra da “verticalização partidária”. Por essa regra, entendeu a Corte Eleitoral, um partido político que firmasse acordo de coligação com outras agremiações partidárias para a eleição presidencial não poderia coligar-se com terceiros partidos nas eleições para o Congresso Nacional ou para o Poder Executivo estadual,⁹¹ uma vez que a expressão “dentro da mesma circunscrição”, constante do aludido artigo 6º, significaria que a circunscrição nacional abrangeria as demais, estaduais e municipais.

Contra o artigo 4º, § 1º, da Instrução n. 55, que deu concretude ao dispositivo de mesma numeração da Resolução n. 21.993/2002 do Tribunal Superior Eleitoral, foram então ajuizadas as ações diretas de inconstitucionalidade

⁹¹ Cumpre lembrar que a Resolução omitiu as eleições e, portanto, coligações municipais, porque em 2002 elas aconteceriam.

n. 2.626-7/DF⁹² e n. 2.628-3/DF,⁹³ ambas da relatoria originária do Ministro Sydney Sanches, mas cujos acórdãos foram redigidos pela Ministra Ellen Gracie. Entre outros argumentos, alegaram os requerentes que o dispositivo impugnado ofenderia os princípios constitucionais da anualidade eleitoral, tal como estabelecido pelo artigo 16 da Carta da República, e da segurança jurídica, na medida em que alterou abruptamente o processo eleitoral e por meio inadequado, bem assim o princípio da autonomia partidária.

No julgamento das ações, realizado em conjunto, o STF entendeu, em síntese, que o dispositivo impugnado fora fruto de mera interpretação que a Corte Eleitoral empreendera do artigo 6º da Lei n. 9.504/97, sendo, por conseguinte, inviável ao Supremo Tribunal apreciar sua alegada ofensa à Constituição sem ter de analisar a própria norma infraconstitucional, o que contrariaria a jurisprudência do STF acerca do não-conhecimento de inconstitucionalidade reflexa. Ademais, concluiu que a Lei Fundamental em nenhum dispositivo ocupava-se de coligações partidárias nem de circunscrições eleitorais. Por conta disso, o STF não conheceu das ações diretas. Na prática, essa decisão de não-conhecimento das ações implicou a manutenção da regra da “verticalização” das alianças partidárias tal como extraída por exegese do Tribunal Superior Eleitoral do texto do referido artigo 6º da Lei n. 9.504/07.

Em uma inequívoca e rara resposta normativa a entendimento jurisprudencial, em 8 de março de 2006, o Congresso Nacional aprovou a Emenda Constitucional n. 52, que alterou a redação do artigo 17, § 1º, da Constituição, para estabelecer que os partidos políticos têm autonomia para ajustar coligações eleitorais “sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal”. Vê-se, destarte, que o Poder Legislativo, ressentindo-se da posição adotada pelo Tribunal Superior Eleitoral e em seu entendimento indiretamente compactuado pelo STF, no exercício de seu Poder Constituinte derivado, houve por bem restabelecer prática politicamente comum no país e vedada por via de hermenêutica legislativa pela Corte Eleitoral.

⁹² STF, ADI n. 2.626-7/DF, Red. p/o acórdão Min. Ellen Gracie, Plenário, julgado em 18.04.2002, *DJ* 05.03.2004, p. 13 (Ementário/STF n. 2124-3, p. 354).

⁹³ STF, ADI n. 2.628-3/DF, Red. p/o acórdão Min. Ellen Gracie, Plenário, julgado em 18.04.2002, *DJ* 05.03.2004, p. 13 (Ementário/STF n. 2142-4, p. 535).

Sem embargo de tal resposta do Legislativo ter sido promovida pelo alto e forte caminho de seu poder de emendar a Constituição, quando lhe bastaria alteração normativa ordinária na Lei n. 9.504/97, pelo menos à luz do que o STF deixou consignado no julgamento das referidas ADIs n. 2.626-7/DF e n. 2.628-3/DF, ao assentar que a Carta da República não dispunha acerca de regras de verticalização e que o Tribunal Superior Eleitoral apenas havia interpretado o artigo 6º da citada lei, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) ajuizou ação direta de inconstitucionalidade n. 3.685-8/DF⁹⁴ contra o artigo 2º da Emenda Constitucional n. 52, o qual dispunha que a nova regra acerca das coligações partidárias aplicar-se-ia imediatamente.⁹⁵ Em sua argumentação, a OAB alegou que a aplicação da Emenda já às eleições de outubro de 2006, há menos de um ano, portanto, de sua vigência, da forma como instituída pelo ato normativo objurgado afrontaria os princípios constitucionais da anualidade eleitoral e da segurança jurídica.

O Supremo Tribunal Federal deparou-se então com outra ação direta de inconstitucionalidade em que se alegava ofensa aos mesmos princípios da anualidade eleitoral e da segurança jurídica, só que, dessa feita, em vez de motivada por resolução do Tribunal Superior Eleitoral, por expressa disposição em Emenda à Constituição. Partindo do pressuposto de que, por sua jurisprudência, a ofensa à Lei Fundamental argüida nesse caso seria direta, e não meramente reflexa, a Corte conheceu da ação. Mesmo assim, ressalvada a pertinência de sua tradicional jurisprudência, é forçoso notar que não deixa de ser curioso que o STF tenha conhecido da ação quando a alegada afronta aos princípios constitucionais da anualidade eleitoral e da segurança jurídica teria sucedido pela consistente via da reforma à Constituição empreendida pelo Legislativo, e não conhecido quando esses mesmos princípios supostamente teriam sido afrontados por ato do próprio Poder Judiciário.

Em seu voto, a relatora, Ministra Ellen Gracie, entendeu que o princípio da anualidade eleitoral, disposto no artigo 16 da Constituição, assim como o da

⁹⁴ STF, ADI n. 3.685-8/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, Plenário, julgamento em 22.03.2006, *DJ* 10.08.2006 p. 19 (Ementário/STF n. 2241-2, p. 193).

⁹⁵ Na verdade, o citado art. 2º diz que a “Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação, aplicando-se às eleições que ocorrerão no ano de 2002”. Como a Emenda foi promulgada em março de 2006, é evidente que ele continha erro crasso de redação, que, precisamente por isso, foi com razão desconsiderado pelo STF.

anterioridade tributária, tendo por finalidade a garantia da segurança jurídica em seu aspecto temporal, configura-se cláusula pétrea no ordenamento constitucional pátrio, e, nessa condição, é oponível mesmo ao Poder Constituinte derivado. Destarte, para a relatora, ao aludir à “lei”, o citado artigo 16 estaria a referir-se a *ato normativo lato sensu*, ainda que de envergadura constitucional, como o são as emendas. Por conta disso, votou no sentido de se julgar procedente o pedido formulado na ação direta para conferir interpretação conforme a Constituição para que a Emenda Constitucional n. 52/2006 apenas se aplicasse às eleições que fossem realizadas um ano após a sua vigência.

O Ministro Ricardo Lewandowski, por sua vez, expressamente aludiu ao debate americano acerca da chamada “dificuldade contramajoritária” do controle jurisdicional de constitucionalidade. Para ele, a discussão em torno desse tema “*ganhou força nos Estados Unidos, num passado recente, a partir de um movimento de setores mais conservadores da sociedade, que se insurgiram contra os avanços dos tribunais sobre espaços que entendiam reservados ao processo político, notadamente aos Poderes Legislativo e Executivo*”.⁹⁶

Afora aparentemente reduzir os complexos debates acerca da legitimidade democrática da jurisdição constitucional – que não é propriamente objeto deste trabalho – e do ativismo judicial a uma luta entre progressistas (os que apoiariam uma postura ativa do Judiciário frente aos demais poderes) e conservadores (os defensores de uma auto-restrição judicial), o Ministro Lewandowski, reputando o Judiciário o órgão mais “*capacitado para lidar com questões de princípio, com os valores permanentes da sociedade, do que o Legislativo e o Executivo*”, sustentou que a segurança jurídica é um dos “valores em que se assenta o pacto fundante da sociedade estatal”. Nesses termos, tendo a segurança jurídica sido afrontada em sua específica configuração temporal no processo eleitoral, à luz do artigo 16 da Carta Maior, pelo artigo 2º da Emenda Constitucional n. 52/2006, votou o ministro no sentido de julgar procedente o pedido tal como formulado na petição inicial da ação direta.

Nesse sentido da intangibilidade do artigo 16 da Constituição por extração do princípio da segurança jurídica, reconhecendo na alusão à “lei” contida no

⁹⁶ Voto do Ministro Ricardo Lewandowski na ADI n. 3.685-8/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, Plenário, julgamento em 22.03.2006, DJ 10.08.2006, p. 19 (Ementário/STF n. 2241-2, p. 222).

dispositivo uma manifestação polissêmica de qualquer espécie normativa *lato sensu*, guardada a ressalva das argumentações incidentais, em *obiter dicta*, como que alguns tenham, por exemplo, também aludido a uma proteção ao “*devido processo legal eleitoral*” ou a outros princípios, os Ministros Carlos Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Cezar Peluso e Celso de Mello acompanharam o raciocínio da relatora.

Em seu voto, o Ministro Celso de Mello, seguindo a linha de pensamento da Ministra Ellen Gracie, teceu as mesmas considerações que viria a externar posteriormente no já comentado caso da “fidelidade partidária”.⁹⁷ Assim, acolhendo expressamente as lições de Konrad Hesse acerca da força normativa da Constituição, o ministro afirmou que, “***enquanto poder meramente derivado, ou de segundo grau***”,⁹⁸ o Poder de reforma da Constituição está subordinado a condicionamentos normativos do próprio texto constitucional, ou seja, às limitações implícitas ou explícitas, por meio das cláusulas pétreas, que o constituinte original lhe impôs, tendo reservado a sua proteção ao STF, o que, aliás, segundo corretamente asseverou o ministro, já é assente na jurisprudência do STF desde os anos 1920. Destarte, como o artigo 16 da Lei Fundamental constituiria um desses limites, reputou ele que a objurgada Emenda havia afrontado o princípio da anterioridade eleitoral.

Tendo sido um dos dois únicos ministros a fugir do raciocínio prevalecente, Sepúlveda Pertence foi quem melhor ressaltou criticamente, em essência, o que seus pares estavam a decidir – e não só naquele julgamento, como ocorre corriqueiramente. Assim, seu voto pode ser considerado uma verdadeira crítica ao alargamento discursivo-jurisprudencial dos poderes do Supremo Tribunal Federal.

De início, o Ministro Sepúlveda Pertence afirmou, com sua refinada ironia, que, não obstante reconhecesse a importância para o processo eleitoral do artigo 16 da Constituição, ao contrário de seus colegas, ficara “*frustrado e invejoso, na*

⁹⁷ STF, MS n. 26.603/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Plenário, julgado em 04.10.2007 – acórdão pendente de publicação.

⁹⁸ Voto do Ministro Celso de Mello na ADI n. 3.685-8/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, Plenário, julgamento em 22.03.2006, DJ 10.08.2006, p. 19 (Ementário/STF n. 2241-2, p. 311) – o trecho citado está em negrito no original.

pesquisa ‘minerológica’ à procura de cláusula pétrea ofendida”⁹⁹ por força da Emenda Constitucional impugnada. Ademais, também ao contrário do que a maioria estava a decidir, o Ministro Sepúlveda Pertence igualmente não vislumbrou no caso qualquer ofensa ao princípio da segurança jurídica, que, para ele, vinha de se tornar “*invocação onímoda*” para várias decisões da Corte. Em suas próprias palavras, que expressam com lucidez sua preocupação com o uso indiscriminado do discurso da segurança jurídica para legitimar as decisões do STF:

Também não vejo que baste a invocação do princípio da segurança jurídica como o novo “Leito de Procusto” para este Tribunal exercer um poder similar ao da Suprema Corte americana, aos tempos da recorrente e reacionaríssima aplicação do *due process of law* como anteparo a qualquer avanço social naquela República.

Segurança jurídica tem muito a ver com cláusulas pétreas, mas também com toda a Constituição: numa Constituição rígida, a segurança jurídica está precisamente na rigidez, está precisamente em submeter alterações ao processo complexo que, quase fatalmente, envolve uma conjugação de forças políticas adversas para inovar na Constituição.

Mesmo que talvez não tenha tido conscientemente em mira o voto do Ministro Ricardo Lewandowski, é evidente que, ao aludir ao ativismo judicial da Suprema Corte americana, respaldada na cláusula do devido processo legal, como óbice a avanços sociais, essas palavras do Ministro Sepúlveda Pertence respondem com nítida consistência às considerações do Ministro Lewandowski. Aliás, mais adiante, ao debater seu voto com alguns ministros, Sepúlveda Pertence alude a seus temores da transplantação para o Brasil, pelo STF, da interpretação do *due process of law* pela Suprema Corte americana, a qual, ressalta, nunca o invocou para censurar emendas constitucionais, e conclui que atualmente essa transplantação “*disputa espaço com o apelo à segurança jurídica. De modo que novidades virão*”.¹⁰⁰

Seja como for, o STF não acatou os temores do Ministro Sepúlveda Pertence e, como vem fazendo ao longo dos últimos tempos, em nome da segurança jurídica, em sua faceta de anterioridade eleitoral, julgou procedente o

⁹⁹ Voto do Ministro Sepúlveda Pertence na ADI n. 3.685-8/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, Plenário, julgamento em 22.03.2006, *DJ* 10.08.2006, p. 19 (Ementário/STF n. 2241-2, p. 336).

¹⁰⁰ Voto do Ministro Sepúlveda Pertence na ADI n. 3.685-8/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, Plenário, julgamento em 22.03.2006, *DJ* 10.08.2006, p. 19 (Ementário/STF n. 2241-2, p. 337).

pedido para dar interpretação conforme a Constituição à Emenda Constitucional n. 52/2006, consagrando, assim, o alargamento – informal e, pois, impreciso – dos limites de discricionariedade da definição de sua própria competência.