

# **O ATIVISMO JUDICIAL DO STF EM FACE DO LEGISLATIVO: IDENTIFICAÇÃO DE LIMITES DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E ANÁLISE CRÍTICA DE DECISÕES SOBRE A REFORMA POLÍTICA<sup>1\*</sup>**

## **THE STF'S JUDICIAL ACTIVISM IN FACE OF THE LEGISLATIVE: DETERMINATION OF CONSTITUTIONAL JURISDICTION LIMITS AND CRITICAL ANALYSIS OF DECISIONS ON POLITICAL REFORM**

*Ruy Nestor Bastos Mello \*\**

### **RESUMO**

O artigo analisa o ativismo judicial praticado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) perante o Poder Legislativo, no exercício da jurisdição constitucional, especialmente no âmbito da reforma política. Para tanto, será apresentado o conceito do ativismo judicial, na perspectiva de um modelo de positivismo jurídico moderado, com enfoque no sistema *civil law* e sob o paradigma da teoria da interpretação constitucional. Também serão abordadas, sinteticamente, as possíveis causas do ativismo e as graves consequências jurídicas e políticas dele decorrentes, bem assim se fará o contraponto entre a prática ativista e a inafastabilidade do exercício da jurisdição. O estudo apreciará os parâmetros jurídicos para que se possa identificar uma decisão ativista da Corte Suprema, descrevendo alguns desses elementos, notadamente as questões políticas, a atividade de interpretação do texto constitucional, as mutações constitucionais, a argumentação jurídica de justificação das decisões e a criação do direito pelo Juiz. Ao final, serão apontadas considerações críticas sobre relevantes decisões do STF em causas relacionadas à reforma política, buscando demonstrar se

\* O artigo é uma adaptação de “relatório” apresentado na disciplina Direito Constitucional, regida pelo Professor Doutor CARLOS MANUEL ALMEIDA BLANCO DE MORAIS, como requisito de avaliação parcial no curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, ano letivo 2017/2018.

\*\* Procurador da República na Bahia, tendo exercido a função de Procurador Regional Eleitoral em Sergipe (2010/2012) e na Bahia (2014/2015 e 2015/2017). Mestre em Direito, na especialidade Ciências Jurídico-Políticas, pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

houve ou não a prática do ativismo judicial e quais foram os limites eventualmente desconsiderados pelo juiz constitucional.

**Palavras-chave:** Supremo Tribunal Federal; ativismo judicial; jurisdição constitucional; Poder Legislativo; reforma política.

## ABSTRACT

This work analyzes the judicial activism exercised by the Brazilian Supreme Federal Court (STF) in regard to the Legislative Power, through its constitutional jurisdiction, especially concerning the matter of political reform. For this purpose, it will be presented the concept of judicial activism, under the perspective of a moderate judicial positivism model, while focusing on the civil law system and under the auspices of the constitutional interpretation theory. It will also be addressed, synthetically, the possible causes for the activism phenomenon and the grave legal and political consequences it gives rise to, just as a comparison will be made between the activist practice and the principle of non-obviation of jurisdiction. This report will address the legal framework needed to identify an activist judgement from the Supreme Court, while describing some of its elements, especially those which relate to political matters, the activity of interpretation of the constitutional text, constitutional mutations, legal argumentation required for justification of those decisions and the creation of Law by the judiciary. At the end of this report, it will be outlined critical considerations about relevant decisions of the STF in cases related to political reform, whilst seeking to demonstrate whether or not judicial activism was exercised and the limits eventually unaccounted for by the constitutional judge.

**Keywords:** Supreme Federal Court; judicial activism; constitutional jurisdiction; Legislative Power; political reform.

## 1. INTRODUÇÃO

O ativismo judicial consiste num fenômeno social, jurídico e político que decorre, essencialmente, do protagonismo que o Judiciário assumiu a partir da promulgação Constituição Federal

de 1988 (CF/88) para fins de concretização dos direitos, princípios e valores fundamentais contidos na Carta Magna. O ativismo importa, em essência, na atividade do Judiciário em desacordo com suas competências e pode se revelar, concretamente, em várias situações, sendo foco do artigo o estudo dogmático do ativismo imputado ao Supremo Tribunal Federal (STF) nas causas que interferem direta ou indiretamente com as atribuições do Legislativo e, de modo específico, em decisões vinculadas à reforma política.

Para avaliar a extensão desse fenômeno e suas peculiaridades, torna-se necessário perquirir acerca de importantes elementos da dogmática constitucional e sobre a repercussão político-social do ativismo. Como se pode conceituar o ativismo judicial? Quais fatores o impulsionam e que consequências podem advir de sua prática? É possível estabelecer parâmetros ou limites jurídicos para a verificação do ativismo judicial?

A essas relevantes perguntas somam-se outras. Em que medida as *questões políticas* podem ser apontadas como freio de contenção da atividade judicial? Pode-se exigir a utilização de específicos métodos e princípios da interpretação constitucional na jurisdição do STF? Quais os critérios para identificar o ativismo nas mutações constitucionais, na argumentação jurídica e na criação do direito pela Corte Suprema?

Superada a apreciação teórica, outras indagações surgem ao se avaliar a ocorrência do ativismo em decisões do STF sobre a reforma política. A invalidação das cláusulas de barreira aos partidos políticos e a vedação de doações de pessoas jurídicas à campanha eleitoral foram decisões que invadiram as competências do Legislativo? Houve excesso do STF em cancelar a perda de mandato dos parlamentares em casos de infrações eleitorais e de infidelidade partidária? O STF procedeu a uma mutação constitucional indevida ao afastar o princípio da presunção de inocência na análise de constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa?

São estes os aspectos principais que se pretende abordar nesse trabalho, com o escopo de apresentar algumas repostas possíveis e válidas. Ao final, tendo por base a compreensão de que uma das funções do STF consiste na preservação da harmonia entre os Poderes do Estado e de que, não obstante, a Corte não deve se omitir no cumprimento de suas competências jurisdicionais,

almeja-se que se reconheça a necessidade contínua da reflexão sobre a melhor conformação das decisões do STF aos pressupostos e requisitos plasmados na Constituição Federal, evitando-se a ocorrência do fenômeno do ativismo judicial.

## 2. O ATIVISMO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL EM FACE DO PODER LEGISLATIVO

### 2.1 PERSPECTIVAS DE ANÁLISE DO ATIVISMO: O POSITIVISMO JURÍDICO MODERADO, O SISTEMA CIVIL LAW E A TEORIA DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Antes de ingressar no tema de fundo, é preciso se posicionar sobre o modelo de concepção geral da ordem jurídica, o sistema de primazia das fontes do direito e o programa teórico da interpretação constitucional a serem utilizados como parâmetros básicos de investigação, cujos conceitos são fundamentais para a plena compreensão do ativismo judicial e dos seus reflexos na ordem jurídica e política de um Estado.

Sobre a teoria geral do Direito, inclusive da Constituição, conquanto não seja objeto do artigo um estudo aprofundado do tema, convém apenas aduzir que a posição teórica mais consentânea com a busca de cientificidade do Direito, segurança jurídica e respeito aos direitos fundamentais, é aquela que se aproxima do chamado *positivismo jurídico moderado*<sup>3</sup>.

Nesta perspectiva, a compreensão teórica do Direito é a de um sistema que engloba as seguintes características essenciais: (i) separação não estanque entre o direito e moral<sup>4</sup>, admitindo-se a

3 Também denominado de positivismo jurídico inclusivo ou *soft positivism*, essa versão do juspositivismo admite a possibilidade de os valores morais serem integrados ao ordenamento jurídico e utilizados, notadamente, para fins de interpretação das normas e ponderação em casos de conflitos normativos. Sobre o tema, cf. DIMOULIS, DIMITRI, *Positivismo Jurídico: teoria da validade e da interpretação do direito*, 2ª ed. revista e atualizada, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2018, p. 76-82; MORAIS, CARLOS BLANCO DE, *Curso de Direito Constitucional: As Funções do Estado e o Poder legislativo no Ordenamento Português*, Tomo I, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 147-148; e *Idem*, *Curso de Direito Constitucional: Teoria da Constituição em Tempo de Crise do Estado Social*, Tomo II, vol. 2, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, p. 385-386.

4 HERBERT L. A. HART aduz que, embora seja correta a assertiva de que “um sistema jurídico *deve* mostrar alguma conformidade específica com a moral ou justiça”, dela não decorre, obrigatoriamente, que “os critérios de validade jurídica de leis concretas, usadas num sistema jurídico, devam incluir, de forma tácita, se não explícita, uma referência à moral ou justiça” (*O Conceito de Direito*, tradução de A. Ribeiro Mendes, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1986 (1961), p. 201, grifo do autor). Cf. também DIMOULIS, DIMITRI, *Positivismo ...*, cit., p. 99-111.

abertura aos valores extrajurídicos na composição de normas constitucionais, se assim estabelecido na Constituição, e sua utilização para fins de ponderação; (ii) a norma jurídica como fonte primária do ordenamento, integrada por regras descritivas de condutas e princípios indicativos de valores e interesses relevantes, sendo a Constituição a norma soberana, da qual decorrem as demais<sup>5</sup>; (iii) ordenação e unidade de um sistema jurídico que busca sua coerência e completude<sup>6</sup>; (iv) compreensão da teoria da hermenêutica e das especificidades da interpretação constitucional; (v) preservação e valorização dos direitos fundamentais da pessoa humana; (vi) posição do juiz constitucional no controle de constitucionalidade não apenas como *legislador negativo*, sendo-lhe permitido, em certas circunstâncias, ampliar o sentido da norma.

Importante também observar a crítica doutrinária à concepção de um modelo pós-positivista do direito<sup>7</sup> e, no âmbito da Constituição, ao chamado neoconstitucionalismo, movimentos que, a despeito de não contarem com uma conformação teórica bem definida, buscam um rearranjo do Direito em prol de uma extremada valorização da força normativa dos princípios constitucionais, em detrimento das regras concretizadas pelo legislador, com vistas a supostamente servirem de fundamentos doutrinários a um papel do Judiciário de protagonista no estabelecimento de direitos e prestações estatais<sup>8</sup>.

O Direito deve ter por base primeiramente a existência de um sistema de normas jurídicas que tenha uma estrutura com coerência e unidade, sem perder de vista, contudo, a importância dos valores morais, éticos e principiológicos para alcance das finalidades

5 Cf. MORAIS, CARLOS BLANCO DE, *Curso de ...*, Tomo I, cit., p. 201-203.

6 Afirma NORBERTO BOBBIO que “um ordenamento jurídico constitui um sistema porque não podem coexistir nele *normas incompatíveis*” (*Teoria do Ordenamento Jurídico*, tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, 4ª ed., Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1994, p. 80, grifo do autor), esclarecendo também que a completude do sistema jurídico, antes de ser tratada como dogma ou mito, deve ser compreendida como “uma exigência de justiça”, isto é, “uma defesa útil de um dos valores supremos a que deve servir a ordem jurídica, a *certeza*” (*Ibidem*, p. 128, grifo do autor).

7 Cf. MORAIS, CARLOS BLANCO DE, “As ‘ideologias da interpretação’ e o Ativismo Judicial: o impacto das ‘ideologias da interpretação’ nos princípios democráticos e da separação dos poderes”, In SOUZA, MARCELO REBELO DE e PINTO, EDUARDO VERA-CRUZ (coord.), *Liber Amicorum Fausto de Quadros*, Coimbra, Edições Almedina, 2016, p. 280-281; *Idem*, *Curso de ...*, Tomo I, cit., p. 149-151 e 182-194; e MONTEIRO, ARTHUR MAXIMUS, *Controle de constitucionalidade das omissões legislativas*, Curitiba, Juruá, 2015, p. 80-114.

8 Sobre as origens, conceito e a construção teórica do neoconstitucionalismo no Brasil, cf. SARMENTO, DANIEL, *Por Um Constitucionalismo Inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*, Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2010, p. 233-272.

descritas na Constituição. A norma, porém, ainda é o alicerce que fundamenta o Direito, constituindo o ponto de partida para regramento das relações jurídicas.

Também digno de realce que a análise do ativismo judicial, neste estudo, se fará essencialmente com base no sistema jurídico brasileiro, de origem romano-germânica, que segue a família *civil law*, com preponderância da norma como fonte prioritária do direito. Não se ignora a existência do ativismo judicial em sistemas do *common law*, mas sua configuração apresenta outras especificidades, em razão da força que a jurisprudência assume como fonte jurídica primária nessa ordem jurídica, o que dificulta sobremaneira apontar elementos concretos que possam constituir limites à função jurisdicional.

Sobre a interpretação, a principal questão a ser observada consiste em aceitar ou não que o jurista possa criar uma norma jurídica como resultado da atividade interpretativa. Este tema será objeto de item específico do artigo, valendo apenas salientar, por ora, que a base de análise do ativismo judicial será a de uma teoria da interpretação jurídica com o seguinte perfil: (i) a interpretação e a aplicação da norma são realidades indissociáveis; (ii) o dispositivo e a norma são conceitos distintos; (iii) a subsunção é a técnica principal da atividade de interpretação da norma, sem prejuízo da utilização da ponderação de bens, valores e interesses, quando se mostrar necessário e com certos limites; (iv) a interpretação das normas constitucionais apresenta especificidades e método próprio, considerando a força normativa, a unidade da Constituição e a enunciação de conceitos jurídicos de conteúdo aberto; (v) aceitação dos princípios jurídicos como subsídios axiológicos para formação, aplicação e interpretação das normas; e (vi) há criação da norma de decisão pelo juiz com base na evolução da realidade social, mas sempre atento ao limite do sentido possível a ser obtido da disposição normativa.

Na interpretação constitucional, o intérprete deve conceber a descrição normativa como foco central e limitador, buscando encontrar o seu sentido através de um método que envolva a análise de seus elementos gramaticais, sistemáticos, teleológicos e históricos, em conjunto com a valoração de cânones específicos e sempre pautado na perspectiva da inserção do resultado interpre-

tativo na realidade política e social, evitando-se os decisionismos e subjetivismos judiciais que maculem a estabilidade do Direito.

Em conclusão, o presente estudo tem por base a análise dogmática do ativismo judicial no sistema jurídico constitucional brasileiro, moldado numa ideia de positivismo jurídico moderado e inspirado pela teoria da interpretação constitucional<sup>9</sup>.

## 2.2 O ATIVISMO JUDICIAL E SEU CONCEITO JURÍDICO

A origem da expressão ativismo judicial é atribuída ao jornalista ARTHUR SCHLESINGER JR., que, numa matéria publicada em janeiro de 1947 na revista americana *Fortune*, fez uma análise informativa do perfil jurídico dos juizes da Suprema Corte americana, dividindo-os, basicamente, em dois blocos, os ativistas e os não ativistas, considerando o conteúdo de suas decisões em prol da prevalência do bem-estar social ou da autocontenção do Judiciário<sup>10</sup>.

O termo ganhou uma repercussão na seara jurídica americana<sup>11</sup> e nos demais ordenamentos jurídicos, sendo entendido ora como uma atividade positiva de expansão do Judiciário, atendidos certos limites<sup>12</sup>; ora num teor negativo, aludindo-se à atuação fora dos parâmetros da jurisdição. O ativismo judicial, portanto, não encerra um instituto jurídico próprio, oriundo de fonte normativa ou doutrinária, trata-se apenas de um fato verificado na realidade a partir de determinadas posições ampliativas e expansivas da atuação judicial.

9 Nesse sentido, vinculando o positivismo jurídico moderado e a interpretação constitucional, aponta ELIVAL DA SILVA RAMOS: “No positivismo moderado ou renovado, o que prevalece é a vontade da lei, não no sentido de um pressuposto prévio, pronto e acabado, que o juiz tenha que meramente atender, mas no sentido de que o texto normativo objeto de exegese contém algo de objetivo, que não pode ser desconsiderado, embora constitua apenas um limite no trabalho de construção da norma de decisão, em que também conta (embora não com o mesmo peso) a vontade do intérprete.” (*Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2015, p. 140).

10 Cf. CAMPOS, CARLOS ALEXANDRE DE AZEVEDO, “Dimensões da autorrestrrição judicial”, In LEITE, GEORGE SALOMÃO; STRECK, LÊNIO; NERY JÚNIOR, NELSON (coord.), *Crise dos Poderes da República: Judiciário, Legislativo e Executivo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2017, p. 245-249.

11 Cf. RAMOS, ELIVAL DA SILVA, *Ativismo Judicial ...*, cit., p. 132-140.

12 Para LUÍS ROBERTO BARROSO, “a ideia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes” e que o ativismo “procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem contudo invadir o campo da livre criação do Direito” (*Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 2017, p. 321 e 323, grifo do autor).

Em razão dessa origem não propriamente jurídica e da distinção de percepção do ativismo judicial ao longo do tempo e local, a sua conceituação, em termos jurídicos, não é uma tarefa simples<sup>13</sup>. Em geral, a doutrina apresenta a noção de que o ativismo consiste no exercício pelo Judiciário das atribuições dos outros poderes, definição, contudo, que não elucida toda a extensão do instituto de que se trata. Nesta senda, pode-se citar o conceito de ativismo esboçado por ELIVAL DA SILVA RAMOS, que o define como o “exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos)”<sup>14</sup>.

Não obstante, certo é que não se pode adjetivar positivamente o ativismo judicial, como se pudera nele compreender toda a atividade proativa do Judiciário em favor da aplicação dos princípios e direitos fundamentais da Constituição. Essa benfazeja atuação judicial não pode, jamais, resultar do ativismo, mas apenas do regular exercício jurisdicional de um Poder atento às responsabilidades e anseios especificados numa Carta Magna e que age com independência, altivez e vigor, sem, contudo, ir além dos limites contidos na Constituição<sup>15</sup>.

Em suma, não há o ativismo bom e o ruim. Tal fenômeno deve ser compreendido sempre numa conotação negativa porque acarreta a “desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes”<sup>16</sup>, notadamente do Legislativo, em especial quando do controle de constitucionalidade de suas

13 É o que explica CARLOS ALEXANDRE DE AZEVEDO CAMPOS: “O conceito de ativismo judicial não é algo fácil de obter, e isso ajuda a explicar o uso muitas vezes indiscriminado, carente de uma definição mais bem elaborada do termo. Na verdade, o ativismo judicial é daquelas coisas que melhor se demonstra do que se define” (“As dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal”, *In Revista de Direito Público* n.º 06, Julho-Dezembro de 2011, Instituto de Direito Público, Lisboa, Almedina, 2011, p. 242 e 246-250).

14 *Ativismo Judicial ...*, cit., p. 131.

15 Por vezes a atuação judicial em prol dos direitos fundamentais é criticada em razão da ausência de representatividade popular do Judiciário, sendo um agir supostamente *contramajoritário*. Ora, a despeito de uma das funções da Constituição ser a de assegurar o governo da maioria, a Carta também tem por encargo “proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos” (BARROSO, LUÍS ROBERTO, *Curso de ...*, cit. p. 324), de modo que, se a atuação judicial ocorrer nos limites da jurisdição constitucional, nada haverá de irregular. Na defesa de semelhante ideia, cf. MELLO, CLÁUDIO ARI, *Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais*, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 188-193.

16 RAMOS, ELIVAL DA SILVA, *Ativismo Judicial ...*, cit., p. 131.

normas ou através de decisões que inovam no ordenamento jurídico ou, ainda, daquelas fundamentadas em critérios impróprios de interpretação dos preceitos constitucionais. Importante, portanto, ao estabelecer os limites do ativismo judicial, apartá-lo da legítima e nobre atuação do Poder Judiciário.

Em arremate sobre a conceituação doutrinária do ativismo, ao entendê-lo como o indevido ultrapassar dos limites da jurisdição, mostra-se imprescindível a identificação e o exame desses referidos limites, a serem delineados a partir da específica ordenação de funções do Estado, tarefa que ora se pretende fazer com base na disciplina constitucional da separação entre os Poderes Judiciário e Legislativo no Brasil.

### **2.3 CAUSAS E CONSEQUÊNCIAS DO ATIVISMO: O RISCO DE OVERRULING DO LEGISLATIVO**

O ativismo judicial possui diversas origens, causas ou fatores de impulso. De forma sintética, um dos principais motivos se reveste na circunstância de a CF-88 estabelecer um modelo de Estado Social, que enfeixa uma série de princípios, valores, direitos e garantias em favor dos cidadãos, especialmente através de normas com signos linguísticos de conteúdo aberto. A interpretação desses valores e a necessidade de concretização das aspirações constitucionais é um ambiente propício para surgimento de decisões ativistas.

Aliado a tal aspecto, e em razão da ineficiência dos Poderes constituídos primordialmente ao cumprimento desses encargos<sup>17</sup> – o Legislativo, na elaboração das normas necessárias à implementação dos direitos; e o Executivo, na prestação dos bens e serviços –, o Judiciário passou a se arvorar, influenciado pelo neoconstitucionalismo, como o único legitimado a concretizar os direitos estatuídos na Constituição, proferindo, às vezes, decisões que fogem aos contornos da moldura de competências definida pelo Constituinte<sup>18</sup>.

17 Sobre as causas dessa ineficiência, cf. RAMOS, ELIVAL DA SILVA, *Ativismo Judicial ...*, cit., p. 304-308.

18 Tal constatação se verifica também em outros graus de jurisdição no Brasil, notadamente em razão da judicialização dos direitos sociais, em que o Judiciário passou a interferir – em alguns casos de forma ativista –, nas competências afetadas ao Executivo e Legislativo na definição e execução das políticas públicas. Sobre o tema, cf. APPIO, EDUARDO, *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*, Curitiba, Juruá, 2005, p. 152-191.

Outros elementos que fomentam a prática ativista decorrem propriamente do sistema de controle de constitucionalidade vigente no Brasil, cujo regramento demonstra um fortalecimento cada vez maior do Poder Judiciário no exercício da jurisdição constitucional, em razão das seguintes circunstâncias: (i) expansão do controle abstrato das normas, através da previsão da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI), da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI) por omissão e da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF); (ii) aumento expressivo do rol de legitimados para propositura da ADI e da ADC; e (iii) estabelecimento de legislação infraconstitucional a regular o procedimento da ação de controle de constitucionalidade.

Conforme se apontará mais adiante, o controle de constitucionalidade das leis e demais atos normativos é um ambiente em que vicejam os maiores riscos do ativismo judiciário em razão da possibilidade de manipulação, pelo juiz constitucional, do conteúdo dos atos editados pelo Legislativo, criando-se novas regras de conduta geral e abstrata ou mesmo em situações em que se declara a invalidade da lei com base em interpretação inadequada para a solução da causa, geralmente associada à exegese ampliativa de princípios e valores constitucionais.

Também não se pode olvidar, como causa do ativismo, da chamada *judicialização da política*, em que diversas matérias vinculadas estritamente à atividade política passaram a ser objeto de ações judiciais perante a Suprema Corte, muito em razão da própria incapacidade dos atores políticos de buscarem, por si próprios, uma solução para os problemas que afligem a sociedade brasileira. A judicialização não implica necessariamente a prática do ativismo judicial<sup>19</sup>, mas é um fator que o potencializa na medida em que torna uma questão estritamente política passível de resolução judicial, favorecendo que o juiz constitucional se sinta legitimado a criar e a impor a decisão política.

19 É o que ocorreu na ADPF n.º 153 (Rel. Min. EROS GRAU, julgada em 29/04/10), em que a OAB buscou a “declaração de não recebimento” pela CF de dispositivo da Lei n.º 6.683/79, que ampliava a anistia aos crimes conexos aos crimes políticos ocorridos durante a ditadura militar. O STF decidiu ser incabível rever a lei da anistia, considerando a realidade histórica e os contornos jurídico-políticos da transição para o regime democrático, de modo que, apesar da judicialização de um tema político, não houve decisão ativista.

Não obstante o ativismo judicial seja festejado em algumas searas<sup>20</sup>, é preciso assentar sua nocividade ao sistema jurídico como um todo, principalmente em razão da coerência e segurança jurídica que se espera de um ordenamento jurídico. O subjetivismo inerente ao ativismo judicial promove a desagregação normativa e a perda da unidade da Constituição, deixando o Direito de ser tratado metodicamente como uma Ciência, mas apenas relegado ao casuísmo interpretativo e às mutações constitucionais frequentes<sup>21</sup>.

É preciso compreender também que uma das marcas em que se assenta o princípio democrático é a responsabilidade dos representantes políticos pelo cumprimento dos encargos que lhes foram confiados, o que é objeto de avaliação a cada período de eleições. Para o Judiciário, não há esse controle político, considerando a necessidade de se garantir a independência de seu corpo de magistrados. Todavia, quando o Judiciário passa a realizar as atribuições dos outros Poderes, essa função fica sem nenhum controle social, mostrando-se patente “a incapacidade do público para lidar com agentes públicos que passam a tomar decisões políticas sem que, entretanto, estejam submetidos a um regime de ‘political accountability’ (responsabilização política)”<sup>22</sup>. Em tal situação, mostra-se justificada a crítica de ausência de legitimidade democrática do Judiciário para execução dessas atividades<sup>23</sup>.

Perceba-se, ademais, que uma decisão ativista do órgão máximo da jurisdição constitucional se ressentida da falta de remédio jurídico específico para sua invalidação, ressalvada a reconside-

20 CARLOS ALEXANDRE DE AZEVEDO CAMPOS, após mencionar os casos de decisões do STF acerca da vedação do nepotismo (recurso extraordinário n.º 579.951, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI), da fidelidade partidária (mandado de segurança n.º 26.603, Rel. Min. CELSO DE MELLO) e o da greve dos servidores públicos (mandado de injunção n.º 670, Rel. Min. MAURÍCIO CORREIA), leciona: “Trata-se de três decisões cuja correção poucas pessoas têm coragem de enfrentar. Porém, o ativismo judicial nada diz com a correção ou não do mérito das decisões. O foco do debate é outro. O que se deve discutir aqui é se o Tribunal, ainda que para concretizar princípios e direitos fundamentais, teria *autoridade* para tomar decisões de caráter verdadeiramente *legiferante*.” (“As dimensões do ativismo judicial ...”, cit., p. 259, grifo do autor).

21 Cf. MORAIS, CARLOS BLANCO DE, *Curso de ...*, Tomo II, cit., p. 619-620.

22 GUEDES, NÉVITON, “O juiz entre o ativismo judicial e a autocontenção”. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2012-jul-23/constituicao-poder-juiz-entre-ativismo-judicial-autocontencao>, acesso em 28/06/2018.

23 Não se pode, pois, concordar com a posição de ANTONIO UMBERTO DE SOUZA JÚNIOR que defende a legitimidade democrática dos juizes para o ativismo judicial, apontado a “existência de fatores (fatos ou argumentos) que permitam supor a legitimidade de atuação dos tribunais no campo político, sem arranhão ao sistema democrático” (Cf. *O Supremo Tribunal Federal e as questões políticas: o dilema brasileiro entre o ativismo e a autocontenção no exame judicial das questões políticas*, Porto Alegre, Síntese, 2004, p. 104).

ração pela própria Corte. Nessa concepção, uma posição ativista do STF apresenta um sério risco de degradar as relações interinstitucionais entre os Poderes do Estado, que passam a atuar em desarmonia: o Judiciário forte e um Legislativo fraco, com perda de representatividade popular<sup>24</sup>.

Por conta disso, como reação do destinatário da decisão, passa-se a cogitar o entendimento de que o comando judicial seria nulo ou mesmo inexistente, pois prolatado por quem não tem competência constitucional para definir a matéria ou pelo extrapolemamento de sua competência, advogando-se como consequência o descumprimento da ordem. É o que se verifica com o chamado *overruling*, que são as atuações do Legislativo para retomar o exercício de suas competências, podendo-se citar algumas das medidas já adotadas pelo Parlamento brasileiro nesse sentido: (i) descumprimento de decisão liminar de Ministro do STF que determinou o afastamento do Presidente do Senado do exercício de suas funções<sup>25</sup>; (ii) proposta de emenda constitucional (PEC) para diminuir as atribuições do Judiciário<sup>26</sup>; (iii) aprovação de emenda constitucional (EC) cujo teor vai de encontro ao conteúdo de decisão do STF<sup>27</sup>, inclusive com a indevida constitucionalização de temas

24 Sobre as relações concretas entre os Poderes e o desempenho de suas funções na sociedade, sintetiza CARLOS ALEXANDRE DE AZEVEDO CAMPOS: “E quais são os padrões de relações que têm caracterizado o cenário institucional brasileiro dos últimos anos? A resposta é fácil: um Poder Executivo – o federal – poderoso e centralizador; um Legislativo – nos três níveis federativos – em um estado permanente de crise funcional e de déficit de representatividade; e um Poder Judiciário, e mais notadamente o Supremo Tribunal Federal, em contínua ascensão institucional.” (“As dimensões do ativismo judicial ...”, cit., p. 242).

25 Em decisão liminar na ADPF n.º 402, em 05/12/2016, o Min. Rel. MARCO AURÉLIO determinou o afastamento do Senador Renan Calheiros do exercício da Presidência do Senado, sob o fundamento de “não poder réu ocupar cargo integrado à linha de substituição do Presidente da República”. A decisão não foi cumprida pelo Parlamento (Fonte: <https://g1.globo.com/politica/noticia/renan-senado-decide-nao-cumprir-liminar-e-aguardar-decisao-do-stf.ghtml>, acesso em 07/09/2018), vindo o Pleno do STF, no dia 07/12/2016, a referendar apenas parcialmente a decisão liminar, apontando ser inexistente o afastamento das funções de Presidente do Senado, sendo-lhe defeso tão somente o eventual exercício da função de Presidente da República.

26 Veja-se a PEC n.º 33, em que se buscou, entre outras medidas: (i) alterar a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis, exigindo 4/5 de votos da Corte, ou seja, 9 Ministros; (ii) condicionar o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo STF à aprovação pelo Poder Legislativo; (iii) submeter ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição.

27 Em 06/10/2016, o STF julgou procedente a ADI n.º 4.983 (Rel. Min. MARCO AURÉLIO) para declarar inconstitucional, por ofensa ao artigo 225, VII, da CF, o dispositivo da Lei n.º 15.299/2013, do Estado do Ceará, que regulamentava a *vaquejada* como atividade desportiva e cultural. O Congresso reagiu a essa decisão, primeiro aprovando a Lei n.º 13.364, de 29/11/2016, pela qual se “eleva o Rodeio, a Vaquejada, bem como as respectivas expressões artístico-culturais, à condição de manifestação cultural nacional e de patrimônio cultural imaterial” e, depois, através da EC n.º 96, de 06/06/2017, acrescentando o § 7º ao artigo 225 da CF, para estabelecer que “não se consideram

afetos à legislação ordinária.

Todas essas constatações demonstram que o ativismo judicial não faz bem à democracia<sup>28</sup>, urgindo que sejam adotadas medidas adequadas, por todos os agentes jurídicos e políticos, para o fim de minimizar a sua prática e tornar mais harmônica a atuação dos Poderes de Estado. Não sendo objeto do trabalho o estudo das possíveis soluções ao ativismo judicial, convém apenas assentar que: (i) da doutrina, se espera a constante crítica para auxiliar a busca do equilíbrio entre a criatividade e o respeito ao sentido normativo da Constituição na atividade de interpretação; (ii) do Judiciário, impõe-se o amadurecimento institucional e, quando necessário, uma postura de *self-restraint*<sup>29</sup>, uma vez que a Constituição determina um “sábio e prudente exercício das competências constitucionais”<sup>30</sup>; e (iii) do Legislativo, exige-se o efetivo cumprimento de suas funções constitucionais para evitar que suas omissões sejam objeto da constante judicialização da política e de seu acerto pelo Judiciário.

#### **2.4 O CONTRAPONTO: O ATIVISMO E A INAFESTABILIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**

Embora não se divisem consequências jurídicas imediatas à decisão ativista do STF, as repercussões políticas podem ser

---

crúeis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais”. Registre-se ainda que, em face da citada EC, foi ajuizada a ADI n.º 5.728 (Rel. Min. DIAS TOFFOLI), em 13/06/2017, sem decisão do STF até a data de apresentação do artigo para publicação.

28 Esse também é o pensamento de JULIANO RALO MONTEIRO: “Existe a preocupação real de que ocorra desmedida quebra de braço entre os Poderes, a ponto de potencializar forças ao Poder Judiciário, o que poderia criar danos irremediáveis à sociedade. Significa dizer que aquilo que seria, num primeiro momento, uma solução encontrada à omissão dos outros poderes, poderia se tornar contrário aos interesses democráticos. Os críticos do ativismo, mais conservadores, enumeram as razões para chegarem a tais conclusões. Afirmam que com o ativismo: a) há o enfraquecimento dos poderes constituídos; b) ocorre falta de participação política e inversão democrática, uma vez que o povo não elegeu os magistrados que estão a decidir questões de tal importância; c) existe a alienação popular; d) cria-se o ‘clientelismo’, uma vez que ainda poucos têm acesso ao Judiciário; d) oportuniza a ausência de critérios objetivos, uma vez que tudo pode ser feito desde que norteado pelos ideais de justiça; e) há a exposição demasiada do Poder Judiciário; f) existe a possibilidade de acomodação dos outros Poderes, entre outros.” (“Ativismo Judicial: Um Caminho para Concretização de Direitos Fundamentais” In AMARAL JÚNIOR, JOSÉ LEVI MELLO DO (coord.), *Estado de Direito e Ativismo Judicial*, São Paulo, Quartier Latin, 2010, p. 170.).

29 É a doutrina que busca identificar limites da função jurisdicional, constituindo, como aduz CLÁUDIO ARI MELLO, “uma das maiores garantias institucionais para a coexistência entre o constitucionalismo e o princípio democrático (...), já que se responsabiliza por evitar que a jurisdição constitucional reduza e até suprima os espaços políticos do processo democrático que materializam a soberania popular.” (*Democracia Constitucional ...*, cit., p. 205).

30 RAMOS, ELIVAL DA SILVA, *Ativismo Judicial...*, cit., p. 23.

drásticas para a harmonia e independência dos Poderes. É preciso, assim, muito cuidado ao apontar as manifestações judiciais como ativistas para não confundi-las com o lúdimo exercício da atividade jurisdicional, que envolve necessariamente a interpretação jurídica, até porque é de todos sabido que a jurisdição constitui um dever, uma obrigação embasada no inciso XXXV do artigo 5º da CF-88, pelo qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, ou mesmo na previsão do *caput* do artigo 140 do Código de Processo Civil (CPC), que estatui que “o juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico”.

No âmbito constitucional em específico, há ainda o exercício do controle de constitucionalidade das leis e restantes atos normativos, que é autorizado pela própria Constituição, sendo prescindível perquirir sobre a necessidade de legitimidade democrática do Judiciário para esse mister, uma vez que se trata de atribuição decorrente do próprio princípio da separação dos poderes, como técnica hábil para garantir a supremacia da Constituição, considerando ainda que, “hodiernamente, a existência da justiça constitucional e de uma fortalecida e ativa jurisdição constitucional tornaram-se um requisito de legitimação e credibilidade política dos próprios regimes constitucionais democráticos”<sup>31</sup>.

Na análise do ativismo judicial, é necessário, portanto, levar em consideração o princípio da inafastabilidade da jurisdição e entender que esse fenômeno somente pode ser reconhecido em situações de evidente extrapolação da função judiciária. As eventuais divergências doutrinárias acerca de posições jurídicas do STF, que estejam devidamente fundamentadas de acordo com os métodos e princípios de interpretação constitucional e com base na compreensão racional dos valores da Constituição, não podem, jamais, ser entendidas como ativismo judicial. Assim como devem existir limites à jurisdição, também é importante compreender que o ativismo somente será configurado em caso de transposição desses mesmos limites, não bastando a discordância casual sobre uma posição adotada pelo STF, ainda que embasada na ponderação de princípios jurídicos.

31 CUNHA JÚNIOR, DIRLEY DA, *Controle de Constitucionalidade: teoria e prática*, 8ª ed., revista, ampliada e atualizada, Salvador, JusPODIVM, 2016, p. 39.

Dessa forma, alguns dos critérios dogmáticos apresentados pela doutrina para identificar o ativismo judicial podem, em verdade, consistir apenas críticas, acertadas ou não, sobre entendimentos jurídicos assumidos pelo STF na interpretação devidamente fundamentada, coerente e razoável, de regras e princípios da Constituição. Na parte específica sobre a discussão de decisões do STF sobre temas da reforma política, se voltará a tratar do assunto.

De igual modo, é preciso cautela para identificação do ativismo judicial nas situações de interpretação dos conceitos linguísticos de conteúdo aberto ou plurissignificativo. O tema também será tratado em tópico específico, mas, de antemão, é preciso dizer que nem sempre haverá ativismo judicial, na perspectiva da criação normativa, apenas porque o julgador interpretou ampliativamente o sentido de um conceito jurídico indeterminado. O que se deve avaliar, em determinados casos, não será a interpretação em si do conceito, mas o resultado da decisão produzida, se houve ou não o caráter de inovação na ordem jurídica.

Enfim, o que se apresenta, a título de reflexão inicial, é que o ativismo judicial significa, sim, uma incursão indevida do Judiciário nas atribuições dos outros Poderes e, nos casos em que configurado, pode ensejar um conflito real entre os órgãos representativos das funções estatais, com nítido prejuízo para o Estado de Direito e, em última medida, à própria democracia. Exatamente por causa dessas relevantes consequências, a identificação de uma decisão ativista deve ser feita mediante a formulação de critérios precisos que demonstrem, especialmente, a total inviabilidade de justificação da exegese adotada na compreensão e aplicação da norma constitucional.

### **3. COMO IDENTIFICAR O ATIVISMO JUDICIAL: OS LIMITES DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**

Embora aparente ser uma redundância semântica, considerando que o conceito do ativismo judicial implica o exercício da função jurisdicional que ultrapassa determinados limites, a questão fundamental para aferir sua verificação na prática consiste, exatamente, no conhecimento adequado desses limites, ou melhor, nas

precisas palavras de ELIVAL DA SILVA RAMOS, na “identificação de parâmetros jurídico-dogmáticos consistentes que permitam qualificar de ativista, isto é, de contrário à Constituição e ao direito, o exercício da função jurisdicional em matéria constitucional”<sup>32</sup>.

Nesse desiderato, é importante, como ponto de partida, afastar de logo algumas percepções imprecisas sobre a identificação do ativismo judicial.

A primeira consiste na ideia equivocada de que somente ocorre o ativismo quando da invasão pelo Judiciário da atividade essencial exercida por um outro Poder. Embora, de fato, seja mais comum a presença do fenômeno em tais situações, é possível verificar sua ocorrência, no entanto, através da usurpação de uma função anômala exercida pelo outro Poder, podendo-se citar. *v. g.*, o Judiciário se imiscuindo indevidamente na tarefa do Senado Federal de julgar crimes de responsabilidade. Em suma, o que define o ativismo é o extrapolamento da função acometida ordinariamente ao Judiciário, quer afete as atividades contidas no núcleo essencial dos demais Poderes, quer atinja outras funções a eles destinadas.

Uma outra questão a ser esclarecida é que o ativismo judicial, no que se refere ao STF, ocorre não apenas nas decisões relacionadas ao controle de constitucionalidade, mas em todo e qualquer julgado da Corte Suprema que tenha por baliza as normas da Constituição e que possa, eventualmente, avançar para além da sua competência jurisdicional. Por fim, aponte-se que o ativismo não se verifica somente pela criação do direito, mas também em situações que tenham por base uma interpretação deficiente da norma constitucional, como, por exemplo, ao se declarar a incompatibilidade ou a inconstitucionalidade de leis com base em critérios de julgamento menos rigorosos ou com fundamentação povoada de referências inadequadas aos princípios constitucionais ou a normas de conteúdo jurídico indeterminado.

Superadas essas premissas, importante afirmar que o ponto nuclear para identificação do ativismo consiste em verificar se, por consequência da decisão judicial, houve o malferimento ao princípio constitucional da separação dos Poderes. Embora tal concepção não constitua uma indicação dogmática clara, fato é que, para o

<sup>32</sup> *Ativismo Judicial ...*, cit., p. 31.

enquadramento de uma decisão como ativista, é preciso primeiro refletir se o julgado acarretou, de alguma forma, a invasão ao exercício de uma atividade acometida pela Constituição a outro Poder. Nesse sentido, avulta a análise das chamadas *questões políticas*, que são as matérias que a Constituição reservou ao crivo de análise discricionária dos Poderes.

Já como critérios dogmáticos específicos, malgrado a dificuldade de sistematização da matéria em razão da permanente criatividade julgadora do STF<sup>33</sup>, é possível apontar dois subsistemas de parâmetros teóricos, cada um deles integradas por critérios e elementos específicos indicadores do ativismo, que podem se manifestar nas decisões judiciais, isoladamente ou em conjunto.

O primeiro se relaciona com as atividades de interpretação constitucional e argumentação jurídica, que devem estar de acordo com os métodos, regras e princípios que lhes são inerentes, com o fim de aferir a legitimidade da decisão judicial em frente a certos critérios de controle e para evitar as mutações constitucionais indevidas. O segundo diz respeito à criação do direito na atividade de controle de constitucionalidade e na edição de atos normativos próprios do STF, em desobediência aos pressupostos constitucionais, quando então se verificará a pertinência e legitimidade das fórmulas<sup>34</sup> pelas quais se estabelecem as soluções jurídicas aos conflitos que tenham por base a norma constitucional.

Analisa-se, doravante, com maior detalhismo e fundamentação, o conteúdo dos critérios e parâmetros jurídicos hábeis a permitir a identificação do ativismo judicial, no que se refere às *questões políticas*, a interpretação das normas constitucionais, as mutações inconstitucionais, a argumentação jurídica defeituosa e a criação do direito pelo Judiciário.

---

33 Aponte-se que o ativismo pode se revelar também pela inação do STF, o que sucede nas situações de pedidos de vistas de processos em julgamento por tempo demasiado e na não inserção em pauta de ações de controle de constitucionalidade em que houve decisão liminar pela suspensão da norma impugnada, entre outras hipóteses.

34 No presente artigo, não se fará o estudo do "ativismo processual" como uma categoria jurídica específica. As considerações sobre as fórmulas e técnicas de julgamento da jurisdição constitucional serão adotadas em conjunto com a enunciação dos limites materiais da jurisdição.

### 3.1 A SEPARAÇÃO DOS PODERES<sup>35</sup> E AS QUESTÕES POLÍTICAS

No constitucionalismo moderno, o princípio da separação horizontal dos poderes<sup>36</sup> é pedra angular para o reconhecimento da existência de um Estado de Direito, em que se verifique o respeito à lei e a limitação do poder, através de sua divisão, bem como para a efetiva tutela e garantia dos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição.

A separação dos poderes comporta duas características primordiais.

Uma, a fixação de um *núcleo essencial* de funções destinadas a cada Poder, a serem exercidas de modo predominante<sup>37</sup>. Caberá ao Constituinte definir a abrangência concreta dessas atividades,

35 Não é objeto do trabalho o estudo histórico sobre a teoria da separação dos poderes. Vale realçar apenas sua origem em pensamentos da Antiguidade Grega, citando-se ARISTÓTELES, que fazia a distinção entre a “assembleia-geral, o corpo de magistrados e o corpo judiciário” (BONAVIDES, PAULO, *Ciência Política*, 18ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2011, p. 146), em que pese não tenha apontado a necessidade de que as funções fossem realizadas por órgãos distintos. Também foram relevantes os estudos de JOHN LOCKE, com foco na reação ao absolutismo inglês no século XVII, que consignou: (i) a separação dos poderes como instrumento de limitação e controle do poder; (ii) a identificação, de forma expressa, das figuras dos poderes executivo, legislativo e judiciário, a quem deveriam ser atribuídas, separadamente, as funções do Estado (cf. BONAVIDES, PAULO, *Ciência Política* ..., cit., p. 147); e (iii) que a organização em sociedade teve a finalidade de proteção de direitos individuais, tais como os direitos à vida, liberdade e propriedade, cuja proteção também seria efetivada pela divisão dos poderes em mais de um órgão estatal (cf. NADER, PAULO, *Filosofia do Direito*, 23ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2015, p. 176-177). De outro lado, MONTESQUIEU apresentou a tese, de forma sistemática e fundamentada, em sua célebre obra *Do Espírito das Leis*, em reflexão sobre a realidade francesa de absolutismo do monarca no século XVIII, destacando que a ordenação de poderes e funções gerava a liberdade política, considerada como “aquela tranquilidade de espírito, decorrente do juízo de segurança que cada qual faça acerca de seu estado no plano da convivência social” (BONAVIDES, PAULO, *Ciência Política* ..., cit., p. 149) e que, para manter essa liberdade política, os poderes detinham as faculdades de estatuir e de impedir a prática de determinados atos dos outros poderes. Ainda como registro histórico do tema, lembra CARLOS BLANCO DE MORAIS que “o princípio foi plasmado na arquitetura de poderes da Constituição norte-americana de 1787 e ulteriormente erigido pelo art. 16º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, dos revolucionários franceses, a pressuposto existencial de uma Constituição: Estado que não consagrasse a separação de poderes nem reconhecesse os direitos fundamentais das pessoas não teria Constituição” (*Curso de ...*, Tomo I, cit., p. 50). Por fim, para análise e compreensão de outros dados e relevantes informações sobre a história do princípio da separação dos poderes, cf. PELICCIOLI, ÂNGELA CRISTINA, *A sentença normativa na jurisdição constitucional*: O Supremo Tribunal Federal como Legislador Positivo, São Paulo, Editora LTr, 2008, p. 53-60.

36 A separação *horizontal* dos poderes diz respeito à distribuição funcional e orgânica das funções de Estado. A separação *vertical* se refere à distribuição territorial e interna de competências entre as unidades políticas de um país, o que corresponde, no Brasil, à União, aos Estados, aos Municípios e ao Distrito Federal.

37 JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO bem sintetiza a teoria do núcleo essencial: “Em geral, afirma-se que a nenhum órgão podem ser atribuídas funções das quais resulte o esvaziamento das funções materiais especialmente atribuídas a outro. Quer dizer: o princípio da separação exige, a título principal, a correspondência entre órgão e função e só admite exceções quando não for sacrificado o seu núcleo essencial.” (*Direito Constitucional*, 6ª ed. revista, Coimbra, Almedina, 1993, p. 691).

tendo por baliza as conformações tradicionais e específicas do objetivo e da natureza de cada um dos Poderes<sup>38</sup>, a saber: ao Judiciário, julgar os conflitos normativos e de interesse; ao Legislativo, editar as leis; ao Executivo, gerir a administração e os interesses públicos.

Da ideia do núcleo essencial, decorrem as seguintes consequências: (i) o impedimento de um Poder exercer as atribuições dos outros Poderes, especialmente na parcela desse núcleo fundamental; (ii) a vedação de um Poder exercer mais de uma função como atividade primordial, ou seja, não pode haver concentração de funções essenciais no mesmo órgão; e (iii) a necessidade de a Constituição prever as garantias que permitam a cada Poder exercer, com independência, as funções essenciais a que se destinam<sup>39</sup>.

Não há que se falar, porém, numa separação estanque e rígida de funções, sendo possível que os Poderes executem as chamadas atribuições anômalas, que são admitidas por não afrontarem o núcleo das atividades essenciais dos demais Poderes. O Poder Judiciário, aliado à sua função típica de julgar, pode editar normas sobre o funcionamento de seus tribunais e juízos singulares, além de executar a ordenação de suas despesas e demais tarefas de ordem administrativa. O Legislativo também executa o seu próprio orçamento e julga determinadas autoridades por crimes de responsabilidade. O Executivo, por sua vez, pode expedir decretos regulamentares para a organização de seus órgãos e funções. Outrossim, também compete ao Executivo e ao Judiciário a iniciativa de projetos de leis que tratem sobre o funcionamento de seus órgãos internos e servidores.

A segunda característica dessa teoria é a *interdependência dos poderes*, visto que os órgãos do Estado não são autossuficientes, não exercem suas funções à margem dos outros, mas, ao contrário, podem (e devem) auxiliar-se mutuamente e fiscalizarem

---

38 É o que defende CARLOS BLANCO DE MORAIS: "O método 'normativo-concreto' de tratamento e compreensão do princípio da separação de poderes a partir das competências constitucionalmente configuradas para diversos órgãos de soberania não pode ser indiferente ao nexo de conexão entre uma dada competência, a essência da função do Estado onde ela se reconduz e o órgão de poder prototípico que deve ser titular do núcleo essencial dessa função." (*Curso de ...*, Tomo I, cit., p. 52).

39 A título de exemplo de garantias constitucionais, os juízes detêm autonomia funcional, inamovibilidade, a irredutibilidade de remuneração; aos parlamentares, há a liberdade de expressar opiniões sem incidirem em crimes contra a honra; ao Presidente da República, não se permite ser processado criminalmente, no curso do mandato, por crimes alheios ao exercício das funções.

uns aos outros, através de controles recíprocos interinstitucionais<sup>40</sup>.

Uma das facetas dessa interdependência consiste na compreensão de que os órgãos devem cooperar entre si para o funcionamento do Estado, através de um relacionamento interinstitucional frequente<sup>41</sup>. A outra diz respeito à controlabilidade e às técnicas de contenção dos Poderes, o conhecido sistema de *freios e contrapesos*, que visam a impedir a prática de atos despóticos dos outros Poderes<sup>42</sup>, mediante algumas técnicas específicas<sup>43</sup>, como o controle prévio ou posterior da validade de determinados atos, o julgamento jurídico ou político de membros dos outros Poderes, ou através de medidas que demonstrem a independência do órgão e o descontentamento político frente a iniciativas irregulares ou ativistas dos demais Poderes.

Demonstra-se, pois, que a separação dos poderes não apresenta, de modo algum, uma concepção de rigidez e distinção absoluta dos encargos estatais. O que se deve ter em consideração é a exigência de que cada Poder exerça de forma preponderante as atribuições típicas que lhes são tradicionalmente outorgadas e que haja o respeito a um núcleo essencial de funções. Os instrumentos de freios e contrapesos servem para garantir esse mínimo existencial

40 Nesse sentido, anota ÂNGELA CRISTINA PELICOLI: "Quando se fala do princípio da separação dos poderes, quer-se atualmente dizer que há 'conexões recíprocas e controles mútuos' entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. A idéia de controle, de fiscalização e de coordenação dos Poderes é o eixo em torno do qual hoje gira a reflexão sobre o mencionado princípio." (*A sentença normativa ...*, cit., p. 61).

41 É o que ocorre nos casos de apresentação de informações sobre planos de governo ou relatórios de atuação, nas solicitações de autorização para prática de determinados atos institucionais, no processo de nomeação de membros dos Tribunais ou para os altos cargos da Administração Pública, entre outras situações.

42 Esse sistema de controle difere do exercício de funções anômalas, em que pese ambos convirjam para a garantia da independência e harmonia entre os Poderes. No exercício de funções atípicas, cada Poder cumpre uma competência constitucional que foi definida como necessária para o seu regular funcionamento, sem interferir em qualquer dos demais. Já no controle, há também o exercício de uma competência que repercutirá diretamente no âmbito das atividades exercidas de forma irregular pelo outro Poder, com o fim de contê-lo no abuso.

43 Entre as técnicas tradicionais de controle, podem ser citadas: (i) o instituto do veto do Executivo aos projetos de lei do Legislativo, em que, por razões de inconstitucionalidade ou de ordem pública, impede que o ato normativo aprovado pelo Parlamento entre em vigor; (ii) em contraponto, a possibilidade de o Poder Legislativo rejeitar o veto, impondo assim a prevalência da norma por ele editada; (iii) o julgamento pelo Legislativo de autoridades pela prática de determinados atos que atentem contra a estrutura do Estado, nos chamados processos de *impeachment*; (iv) a atuação do Judiciário na análise da constitucionalidade das leis editadas pelo Parlamento, tornando-as nulas em caso de verificação de vício, bem assim ao declarar a invalidade de normas editadas pelo Executivo, impedindo, de certa forma, a realização de políticas públicas; (v) o julgamento pelo Judiciário de toda e qualquer autoridade, inclusive o Presidente da República e os Membros do Parlamento, pela prática de crimes comuns e demais atos ilícitos de natureza civil, podendo resultar inclusive na perda de seus cargos.

de prerrogativas, afastando abusos e sobreposições de funções por parte dos Poderes. A teoria da separação dos poderes implica, em suma, os seguintes conceitos: (i) a constituição de um núcleo essencial de funções destinadas precipuamente a cada Poder, daí decorrendo a fixação de garantias institucionais e a vedação de sobreposição de funções; e (ii) a interdependência, mediante colaboração e controle recíproco entre os Poderes.

Nesse ambiente de separação dos poderes, surge o primeiro aspecto a denotar um limite à atividade judiciária, as denominadas *questões políticas*, que foram previstas expressamente na Constituição Federal de 1934, que dispunha, em seu artigo 68, ser “vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas”<sup>44</sup>. Apesar de o enunciado não mais existir depois da Carta de 1937, é possível ainda apontar, com certas reservas interpretativas, que o conteúdo normativo nele estabelecido pode ser extraído, de forma implícita, da Constituição de 1988, notadamente do princípio da separação de poderes.

Com efeito, o exame das *questões políticas* indica a existência de determinadas temáticas que são de exclusiva atribuição de um determinado Poder, que fazem parte da sua essência e razão de ser, não podendo, de nenhum modo, haver a invasão dessas atividades pelo Judiciário, sob pena de grave afronta à separação dos Poderes. Em tais situações, exige-se do Poder Judiciário uma atividade de *self-restraint*, de autocontenção, eximindo-se de apreciar o mérito das aludidas matérias.

A identificação destas questões passa pela compreensão, dentro de um determinado sistema jurídico, de quais são as matérias – ou alguns de seus aspectos – em que se verifica uma exclusiva apreciação discricionária e soberana dos Poderes Executivo e Legislativo, isto é, as hipóteses em que se permite fazer um juízo próprio de conveniência e oportunidade acerca de determinados pressupostos e do conteúdo do ato a ser praticado<sup>45</sup>. Há, assim,

44 Informa ANTONIO UMBERTO DE SOUZA JÚNIOR que “O registro histórico mais antigo do reconhecimento de uma questão política remonta ao ano de 1460: negaram os juizes pedido formulado pelo Duque de York, na Grã-Bretanha, no sentido de que lhe reconhecessem os direitos como legítimo herdeiro do trono. Argumentaram os magistrados competir ‘ao senhor de sangue real e dono dessas terras tomar conhecimento e intrometer-se em tais assuntos’” (*O Supremo Tribunal Federal e as questões políticas ...*, cit. p. 66).

45 Vale, a propósito, citar a lição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO sobre a distinção entre ato discricionário e competência discricionária: “Aliás, cabe aqui observar que embora seja comum falar-se em ‘ato discricionário’, a expressão deve ser recebida apenas com uma maneira elíptica

em princípio, um espaço de atuação incindível à análise e controle judicial, pelo qual o Poder (Executivo ou Legislativo) é livre para agir.

Todavia, essa liberdade não é ampla e está sempre vinculada ao regramento constitucional que dispõe sobre a competência e os requisitos do ato jurídico e, ainda, da não superveniência de danos a direitos subjetivos individuais constitucionalmente tutelados. Em tais situações, caberá ao Judiciário interferir, seja para averiguar a observância do devido processo legal instituído para a consecução do ato; seja para apurar e corrigir o ferimento a direitos fundamentais dos cidadãos<sup>46</sup> ou a interesses dos entes públicos envolvidos; seja, por fim, para o controle de constitucionalidade do ato normativo editado.

Importante também afirmar que o entendimento sobre o que constitui uma questão política tem variado ao longo do tempo na jurisprudência do STF. A princípio, a Corte Suprema adotou uma posição de reverência exagerada aos demais Poderes, deixando de atuar mesmo em casos de flagrante desrespeito a direitos fundamentais, como se verificou no julgamento do *Habeas Corpus* n.º 300, de 30/04/1892, impetrado em favor de presos políticos, no qual o STF não apreciou o pedido sob o argumento de que a prisão ocorrera ao abrigo da decretação do estado de sítio, em que vigorava a suspensão de garantias constitucionais<sup>47</sup>.

Ademais, considerando a dificuldade de encontrar contornos dogmáticos precisos para a definição das questões políticas<sup>48</sup>, o

de dizer 'ato praticado no exercício de apreciação discricionária em relação a algum ou alguns dos aspectos que o condicionam ou que o compõem'. Com efeito, o que é discricionária é a competência do agente quanto ao aspecto ou aspectos tais ou quais, conforme se viu. O ato será apenas o 'produto' do exercício dela. Então, a discricção não está no ato, não é uma *qualidade* dele; logo, não é ele que é discricionário, embora seja nele (ou em sua omissão) que ela haverá de se revelar." (*Discricionariiedade e Controle Jurisdicional*, 2ª ed., 4ª tiragem, São Paulo, Malheiros Editores, 2000, p. 18, grifo do autor).

46 CLÁUDIO ARI MELLO sugere que, para defesa dos direitos fundamentais, deve o juiz constitucional ignorar a autoconterção e assumir o exercício de um "ativismo judicial moderado", aquele em que se busca o equilíbrio entre a garantia dos direitos e o princípio republicano da preferência dos órgãos políticos na definição dos direitos dos cidadãos. (*Democracia Constitucional ...*, cit., p. 295-300).

47 Cf. TEIXEIRA, JOSÉ ELAERES MARQUES, *A doutrina das questões políticas no Supremo Tribunal Federal*, dissertação de mestrado apresentada à Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, 2004, p. 49-60. Disponível em <http://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/87028>, acesso em 08/09/2018.

48 Cf. MELLO, CLÁUDIO ARI, *Democracia Constitucional ...*, cit., p. 259-265. JOSÉ ADÉRCIO LEITE SAMPAIO, por sua vez, estabelece alguns critérios para conceituação do instituto: "Uma questão será política, portanto, se estiver afeta, constitucional e privativamente, a um outro Poder (questão meramente ou exclusivamente política), não havendo uma prefixação jurídica de seu conteúdo, conveniência e oportunidade, e se não violar direitos individuais." (*A Constituição reinventada pela*

que se tem feito é o enunciado exemplificativo de determinadas matérias inalcançáveis à jurisdição, ou de controle jurisdicional mitigado, considerando o princípio da separação dos poderes. Podem ser citados, entre outros limites à apreciação do Juiz constitucional, as seguintes temáticas: (i) exercício da sanção ou do veto pelo Presidente da República; (ii) a deliberação legislativa de derrubada do veto; (iii) os atos de natureza *interna corporis* do Parlamento; (iv) a elaboração de medidas provisórias; (v) o julgamento político de membros dos Poderes por crimes de responsabilidade; (vi) a fixação do orçamento público; (vii) a concessão de indultos ou anistias; (viii) a declaração de guerra ou paz; e (ix) a celebração de tratados internacionais.

Advirta-se, porém, que, mesmo sobre alguns desses temas, a jurisprudência do STF tem demonstrado uma evolução acerca da possibilidade de apreciação judiciária de certos aspectos, principalmente quando envolvem a preservação de garantias constitucionais. Nesse sentido, entende-se possível a apreciação do atendimento dos pressupostos de *relevância* e *urgência* para edição das medidas provisórias<sup>49</sup>; a aferição da regularidade de determinados atos *interna corporis* no processo legislativo, tais como os requisitos para instalação de comissões parlamentares de inquérito<sup>50</sup>; a garantia do devido processo legal e a regulação de aspectos processuais do procedimento de *impeachment*<sup>51</sup>; e a análise do atendimento das normas constitucionais na lei do orçamento<sup>52</sup>.

---

*jurisdição constitucional*, Belo Horizonte, Del Rey, 2002, p. 320). De outro lado, ELIVAL DA SILVA RAMOS rejeita as questões políticas como parâmetro dogmático para identificação do ativismo judicial, desenvolvendo uma teoria acerca da intensidade do controle judicial sobre alguns atos do Poder Público: (i) ausência de controle judicial sobre o mérito de atos relativos à função de governo, como o estabelecimento do orçamento público; (ii) há um controle mínimo sobre atos jurisdicionais do Legislativo; (iii) controle médio fraco para os atos *interna corporis*, atos de Chefia do Estado e controle de constitucionalidade fundado em princípios; (iv) controle médio forte para o controle de constitucionalidade fundado em regras e de atos administrativos em que haja discricionariedade; e (v) controle forte para os atos administrativos plenamente vinculados (*Ativismo Judicial ...*, cit., p. 150-151 e 154-170).

49 Cite-se, por todos, o julgamento pelo STF da ADI n.º 2.213, Rel. Min. CELSO DE MELLO, em 04/04/2002. Para aprofundar o tema, cf. SAMPAIO, JOSÉ ADÉRCIO LEITE, *A Constituição reinventada ...*, cit., p. 451-458.

50 Cf. *Ibidem*, p. 527-530.

51 Foi o que ocorreu no julgamento, pelo STF, do MS n.º 21.564 (Rel. Min. OCTÁVIO GALLOTTI, rel. para o acórdão Min. CARLOS VELLOSO, em 23/09/1992), referente ao *impeachment* do ex-Presidente Fernando Collor de Mello; e da ADPF n.º 378 (Rel. Min. EDSON FACHIN, rel. para o acórdão Min. ROBERTO BARROSO, em 17/12/2015), no caso da ex-Presidente Dilma Roussef. Sobre o assunto, cf. SAMPAIO, JOSÉ ADÉRCIO LEITE, *A Constituição reinventada ...*, cit., p. 313-315 e 530-541; e TEIXEIRA, JOSÉ ELAERES MARQUES, *A doutrina ...*, cit., p. 174-179.

52 Cf. ADI n.º 2.925, de 19/12/2004 (Rel. Min. ELLEN GRACIE, rel. para acórdão Min. MARCO AURÉLIO).

Enfim, em que pese a ausência de critérios que permitam a delimitação precisa sobre o que são as *questões políticas*, fato é que se reconhece, até mesmo pela experiência empírica, a existência de temáticas sobre as quais o Poder Judiciário não compete intervir<sup>53</sup>, referente às atividades essenciais dos demais Poderes, conforme listagem exemplificativa apresentada. A intervenção judicial somente será possível quando se verificar que a prática do ato encerrou (ou pode ocasionar) dano a direitos subjetivos fundamentais, individuais ou coletivos, casos em que a atuação não se mostrará ativista. As *questões políticas* representam, portanto, um limite inicial à jurisdição constitucional, cujo grau de sindicabilidade deve ser objeto de atenção e cuidado do juiz constitucional para evitar a mácula ao princípio da separação dos poderes.

### **3.2 A INTERPRETAÇÃO QUE ALTERA O SENTIDO DA NORMA CONSTITUCIONAL**

É no âmbito da atividade de interpretação das normas constitucionais que se verifica a maior possibilidade de incidência do fenômeno do ativismo judicial. Isso ocorre porque, como assentado brevemente, as novas concepções acerca do constitucionalismo ensinaram a criação de métodos de interpretação que não encontram ressonância num sistema judicial científico<sup>54</sup> e que são usados apenas como escudo para permitir uma maior participação do Judiciário na concretização dos direitos e garantias fundamentais.

Para a identificação de uma jurisdição ativista, é importante, assim, revisitar alguns conceitos da hermenêutica jurídica e da interpretação, notadamente considerando a força normativa da Constituição e seus postulados de princípios e valores. Não é objeto do artigo um estudo aprofundado sobre a interpretação constitucional, mas apenas a referência a critérios dogmáticos básicos sobre o que se pode entender como uma interpretação que segue um caminho racional e transparente para justificar a decisão, apartando-a daquela exegese que desnatura o sentido da norma e configura o ativismo judicial.

53 É que também entendem MELLO, CLÁUDIO ARI (*Democracia Constitucional ...*, cit., p. 258) e SARMENTO, DANIEL (*Por Um Constitucionalismo Inclusivo ...*, cit., p. 261-262).

54 São aqueles métodos que “conduzem à construção progressiva de normas que acabam se distanciando do sentido literal ou comum do dispositivo normativo interpretado” (CAMPOS, CARLOS ALEXANDRE DE AZEVEDO, “As dimensões do ativismo judicial ...”, cit., p. 257).

Nesse escopo, vale dizer inicialmente que a interpretação da Constituição não difere em geral da interpretação das normas ordinárias<sup>55</sup>, uma vez que é objetivo comum, em qualquer situação, a identificação do sentido do enunciado normativo, através de certos métodos e critérios. Não obstante, a interpretação constitucional conta com particularidades, considerando especialmente as seguintes circunstâncias: (i) a Constituição é a norma suprema e fonte de legitimidade das demais normas; (ii) a Carta Magna tem como um de seus objetos regular o relacionamento entre os Poderes, influenciando politicamente as decisões nela embasadas; (iii) estabelece a Constituição os direitos fundamentais e as garantias para o seu atendimento; e (iv) as normas constitucionais enfeixam, em geral, enunciados de conteúdo aberto referente aos princípios e valores sociais, políticos e morais que regem as relações sociais.

Outrossim, importante sempre lembrar que a interpretação da norma constitucional se relaciona diretamente com a sua aplicação, uma vez que “não se busca um sentido para a norma senão com o objetivo de conformar a vida social”<sup>56</sup>. Não há mais a dualidade entre interpretação e a aplicação, como sendo a primeira uma mera atividade de revelação abstrata do sentido da norma, e a outra, apenas a fase de concretização e incidência aos fatos. A norma deve ser sempre interpretada considerando as circunstâncias específicas do problema a ser resolvido e a realidade social a ele subjacente, com o fim de buscar a melhor solução possível<sup>57</sup>.

Ainda como pressuposto básico do processo de interpretação, é preciso compreender que *dispositivo* e *norma* são realidades distintas e inconfundíveis. O primeiro é apenas o conjunto de signos linguísticos que formam um enunciado; a norma, por sua vez, é o sentido extraído ou construído a partir da interpretação do texto normativo. Em resumo, “os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado”<sup>58</sup>.

55 Cf. CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4ª ed., Coimbra, Almedina, 2003, p. 1174.

56 MENDES, GILMAR FERREIRA; BRANCO, PAULO GUSTAVO GONET, *Curso de Direito Constitucional*, 11ª ed., São Paulo, Saraiva, 2016, p. 79.

57 EROS ROBERTO GRAU ensina que “os textos normativos carecem de interpretação não apenas por não serem unívocos ou evidentes – isto é, por serem destituídos de clareza –, mas sim porque devem ser aplicados a casos concretos, reais ou fictícios” (*Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/ Aplicação do Direito*, São Paulo, Malheiros Editores, 2006, p. 29).

58 ÁVILA, HUMBERTO, *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 11ª ed. revista, São Paulo, Malheiros Editores, 2010, p. 30.

Essa questão revela-se importante porque, no plano da validade, pode haver distinção entre o dispositivo e os possíveis sentidos normativos dele advindos. Com propriedade, afirma ELIVAL DA SILVA RAMOS que a “invalidade de uma lei, para exemplificar, nem sempre corresponde à invalidade de todos os seus dispositivos e normas, sendo que, por vezes, se verifica uma certa dissociação entre dispositivo e norma também sob o prisma de sua higidez, podendo um dispositivo válido conter norma inválida”<sup>59</sup>.

Um outro pressuposto primordial a ser fixado é que a interpretação não pode alterar o sentido possível do enunciado normativo, pois, como ensina LUÍS ROBERTO BARROSO, “os conceitos e possibilidades semânticas do texto figuram como ponto de partida e como limite máximo da interpretação”<sup>60</sup>. Ou seja, o primeiro dos limites interpretativos é o próprio texto do dispositivo objeto da interpretação, de modo que não pode o juiz constitucional criar, como resultado da interpretação, um sentido normativo impossível de ser extraído dos signos linguísticos do objeto interpretativo<sup>61</sup>. Permite-se ao julgador, utilizando-se de alguns critérios e em certas situações, apenas ampliar a aplicação da norma a hipóteses não previstas pelo legislador, notadamente quando da interpretação dos princípios e das disposições que contenham vocábulos de conteúdo jurídico indeterminado.

Por fim, além dos pressupostos apontados da atividade de interpretação, para a correta apreensão do sentido da norma constitucional e para fins de transparência e controle da jurisdição constitucional, necessário se mostra a utilização de um método específico e dos princípios instrumentais da interpretação constitucional, bem

59 São as hipóteses de inconstitucionalidade parcial do ato normativo e de inconstitucionalidade parcial qualitativa, sem redução do texto (*Ativismo Judicial ...*, cit., p. 191). Também pode existir diferença de tratamento entre o dispositivo e a norma no plano da eficácia, considerando especialmente as normas que traduzem os direitos sociais e econômicos. Esse tema, contudo, diz respeito ao ativismo judicial frente ao Poder Executivo, na intromissão na definição de políticas públicas, que não é objeto do presente estudo.

60 *Curso de ...*, cit., p. 330.

61 Por isso é que LÊNIO LUIZ STRECK adverte, com razão, que “quando se popularizou a assertiva de que texto não é igual à norma e que a norma é o produto da interpretação do texto, nem de longe quer dizer que o texto não vale nada ou que a norma e texto sejam ‘coisas à disposição do intérprete’, ou, ainda, que depende do intérprete a ‘fixação da norma’” (“Desconstruindo os modelos de juiz: a hermenêutica jurídica e a superação do esquema sujeito-objeto”, *In* STRECK, LÊNIO LUIZ e MORAIS, JOSÉ LUIZ BOLZAN DE (org.), *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, p. 114).

assim que a densificação de conceitos jurídicos indeterminados e a ponderação dos conflitos normativos sejam realizadas através de critérios racionais de justificação, o que se verá a seguir.

### 3.2.1 O MÉTODO E OS PRINCÍPIOS INSTRUMENTAIS DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Um método de interpretação permite a identificação de um *iter* procedimental de cunho racional para se alcançar o efetivo significado da disposição normativa e permitir sua correta aplicação. É através do método que se atinge a própria cientificidade do Direito, porquanto não existe conhecimento jurídico sem um caminho para compreensão da norma<sup>62</sup>. Nesta senda, a ausência de um método adequado de interpretação ou a utilização desordenada de mais de um método podem indicar uma prática ativista na decisão do juiz constitucional.

Três são os métodos de interpretação constitucional tradicionalmente apontados pela doutrina: o hermenêutico-clássico, o tópico e o hermenêutico-concretizador<sup>63</sup>.

No modelo *clássico* ou tradicional, a interpretação é vista como uma atividade técnica de extração do sentido do texto constitucional através de um raciocínio silogístico, mediante utilização dos elementos tradicionais de interpretação jurídica apontados por SAVIGNY, sem que haja uma hierarquia ou ordenação entre eles, que devem ser combinados e controlados reciprocamente na exegese da norma constitucional. Para compreensão do enunciado, procede-se a sua interpretação textual ou gramatical, mediante análise estrita de seu texto e dos possíveis sentidos morfológicos; à interpretação sistemática, compreendendo a norma dentro de um ordenamento jurídico e a sua relação com outras normas; à interpretação histórica, em que se analisam os registros do processo de criação da

62 Nessa compreensão, explica CARLOS BLANCO DE MORAIS que “o método permite, nomeadamente: identificar os elementos da interpretação; determinar o modo como estes se conjugam entre si; medir o peso diferencial que poderão ter na revelação da solução interpretativa; elencar cânones ou pontos de vista racionais que permitam controlar, no plano argumentativo, a solidez da solução final obtida; e fundamentar o ajustamento dessa solução à resolução de uma situação problemática.” (*Curso de ...*, Tomo II, cit., p. 617). Sobre a importância da escolha do método como uma questão de poder, cf. *Idem*, “As ‘ideologias da interpretação’ ...”, cit., p. 288-290.

63 Essa classificação acompanha o entendimento de BRANCO, PAULO GUSTAVO GONET (*Curso de Direito Constitucional ...*, cit., p. 89) e de BARROSO, LUÍS ROBERTO (*Curso de ...*, cit., p. 316-317), os quais seguem a categorização elaborada por ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE.

norma; e à interpretação teleológica<sup>64</sup> ou axiológica, com o escopo de verificar o atingimento dos fins visados pela norma.

Além desses elementos doutrinários, o método clássico propugna o respeito às regras de hermenêuticas previstas em atos normativos formais. Nesse sentido, os artigos 1º a 6º do Decreto-Lei n.º 4.657/42 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro) preveem diversas regras específicas que orientam a interpretação, como as que tratam do direito intertemporal (parâmetros de vigência, hierarquia e revogação das normas), da vedação da escusa de desconhecimento da lei, dos casos de suprimento da omissão legislativa, das finalidades a serem observadas na aplicação das normas, do respeito ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à coisa julgada, entre outras disposições<sup>65</sup>.

O método *tópico* (ou tópico-problemático), idealizado por THEODOR VIEHWEG, compreende “a Constituição como um conjunto aberto de regras e princípios, dos quais o aplicador deve escolher aquele que seja mais adequado para a promoção de uma solução justa ao caso concreto que analisa”<sup>66</sup>. O foco da análise é o problema a ser resolvido, sendo a Constituição um conjunto de múltiplos argumentos para a solução. O intérprete não está preso à norma jurídica para resolver a questão, podendo encontrar argumentos viáveis na realidade histórica, nos valores e princípios gerais do Direito<sup>67</sup>.

Não teve esse método difusão relevante em países de tradição do sistema *civil law*, notadamente naqueles marcadas por profunda variedade de valores tutelados pelos diversos atores sociais, sendo mais comumente utilizado no regime do *common law*, no qual, em

64 Para DIMOULIS, DIMITRI (*Positivismo ...*, cit., p. 151), porém, deve-se “rejeitar os métodos teleológicos porque adulteram os conteúdos normativos fazendo referência a uma (suposta e oculta) vontade do legislador (teleologia subjetiva) ou a necessidade de modificação da norma em detrimento de seu conteúdo (teleologia objetiva)”, sendo que “nos dois casos, o intérprete faz um indevido recurso a elementos que não pertencem ao sistema jurídico”.

65 Também se pode afirmar a existência de alguns axiomas apontados pela doutrina, que igualmente servem de parâmetros à atividade interpretativa, como por exemplo, as assertivas de que as normas restritivas de direito devem ser interpretadas restritivamente e a de que não há palavras inúteis na lei.

66 MENDES, GILMAR; BRANCO, PAULO GUSTAVO GONET, *Curso de Direito Constitucional ...*, cit., p. 90.

67 Explica JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO que, por esse método, “os aplicadores-interpretadores servem-se de vários *tópoi* ou pontos de vista, sujeitos à prova das opiniões pró ou contra, a fim de descortinar, dentro das várias possibilidades derivadas da polissemia de sentido do texto constitucional, a interpretação mais conveniente para o problema” (*Direito Constitucional e Teoria ...*, cit., p. 1175).

geral, se valorizam os fatos e os precedentes judiciais na interpretação da norma jurídica e há um certo consenso sobre o conteúdo valorativo da Constituição. Contudo, a despeito das críticas, parte da doutrina aponta que o método tópico “contribuiu de maneira decisiva para a percepção de que fato e realidade são elementos decisivos para a atribuição de sentido à norma, mitigando o poder da norma abstrata e o apego exagerado a uma visão sistemática do Direito”<sup>68</sup>.

Por fim, pelo método *concretizador*, difundido por KONRAD HESSE, o objeto primordial de análise é o texto constitucional, mas sem perder de vista a importância da realidade social para a correta solução da tarefa interpretativa<sup>69</sup>. Por esse método, a atividade interpretativa deve primeiro identificar o *programa normativo* do enunciado, que constitui o sentido do texto obtido pela utilização dos elementos tradicionais de interpretação e dos cânones específicos de exegese constitucional, para depois o relacionar com o *ambiente normativo*, a realidade política e social em que a norma será concretizada. A interpretação é realizada em razão dos fatos a ela incidentes, testando os sentidos possíveis do texto constitucional de acordo com sua aplicação na realidade concreta, isto é, “transformando a interpretação em ‘movimento de ir e vir’ (círculo hermenêutico)”<sup>70</sup> pela atividade mediadora do intérprete.

Para tanto, deve-se valorizar a pré-compreensão do intérprete para o fim de descobrir o sentido da norma constitucional, mediante a consciência da realidade social que circunda a interpretação e aplicação da norma jurídica<sup>71</sup>. Além da norma e do problema, importante também se mostra a figura do intérprete, que passa a funcionar não apenas para extrair tecnicamente o sentido do enunciado, mas como executor de uma função criativa do direito que complementa o trabalho do legislador na densificação de conceitos

68 BARROSO, LUÍS ROBERTO, *Curso de ...*, cit., p. 347.

69 Cf. HESSE, KONRAD, “A interpretação constitucional”, tradução de Inocêncio Mártires Coelho, *In Temas Fundamentais do Direito Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2009, p. 101-122; e BARROSO, LUÍS ROBERTO, *Curso de ...*, cit., p. 317.

70 CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES, *Direito Constitucional e Teoria ...*, cit., p. 1176.

71 SARMENTO, DANIEL (*Por Um Constitucionalismo Inclusivo ...*, cit., p. 220-231), em que pese reconhecer a importância das pré-compreensões do intérprete, afirma não ser esse aspecto o único e mais relevante fator para a obtenção do melhor resultado interpretativo, sob pena de se autorizar o arbítrio nas decisões judiciais, sendo necessário, portanto, que haja um método adequado para controle da atividade hermenêutica, que incluirá a própria avaliação crítica das mencionadas pré-compreensões.

abertos, no intuito de alcançar o cumprimento dos valores havidos como relevantes para a sociedade.

O método concretizador não ignora a relevância dos elementos clássicos de interpretação. Porém, consciente da insuficiência desses elementos para o descortino do sentido das normas constitucionais, especialmente naquelas em que há espaços fluidos ou conceitos indeterminados para a densificação pelo intérprete (princípios e certas regras), referido método acrescenta outros parâmetros para concretizar os valores constitucionais e nortear a tarefa hermenêutica, que são os cânones ou princípios estruturais de interpretação constitucional.

Em que pese variadas as classificações doutrinárias acerca desses princípios estruturais, e de seus segmentos, relevante apontar os mais comuns enumerados pela doutrina, os princípios da *unidade* da Constituição, da *supremacia* da Constituição e da *divisão de poderes*.

Pelo princípio da *unidade* da Constituição, entende-se que a norma constitucional integra um corpo harmônico de normas de igual hierarquia, de modo a serem evitadas as antinomias, considerando o todo uniforme e indivisível da Constituição. Parte-se do pressuposto que o Constituinte, como um ser racional, estabeleceu uma ordenação jurídica sem contradições intrínsecas, devendo o intérprete esforçar-se para encontrar soluções que permitam a convivência harmônica das normas constitucionais, especialmente das normas-princípios.

Já pelo princípio da *supremacia* da Constituição, compreende-se que as normas constitucionais são hierarquicamente superiores às demais normas ou atos oriundos dos Poderes constituídos, de modo que dele “decorre uma condição de *constitucionalidade* a que estão sujeitos todos os atos estatais”<sup>72</sup>. Há, pois, uma diretriz de que as ações do Estado devem encontrar fonte de justificação nas normas constitucionais e nos direitos fundamentais lá estabelecidos, sob pena de serem declaradas inconstitucionais através de um controle conferido, em geral, a um órgão do Poder Judiciário, que exerce a jurisdição constitucional.

72 FERREIRA FILHO, MANOEL GONÇALVES, *Estado de Direito e Constituição*, 4ª ed. revista e atualizada, São Paulo, Saraiva, 2007, p. 87, grifo do autor.

A supremacia da Constituição é respaldada pelos seguintes subprincípios: (i) máxima eficácia e efetividade, que orienta o intérprete a buscar o sentido do texto que garanta a maior eficácia possível à norma constitucional, ou seja, que almeje maior aptidão para a produção dos seus efeitos naturais; (ii) força normativa da Constituição<sup>73</sup>, pelo qual se devem priorizar as soluções que possibilitam “a atualização normativa da constituição e, ao mesmo tempo, garantam a sua eficácia e permanência”<sup>74</sup>; e (iii) interpretação conforme a Constituição, em que, presumindo-se constitucional a lei editada, deve o intérprete, desde que não desnature o conteúdo semântico do dispositivo, obter um sentido da lei que esteja em harmonia com a Constituição, desprezando os que lhe forem contrários.

Por fim, como decorrência da separação dos poderes, o princípio *da conformidade ou correção funcional*, que propugna um imperativo de deferência, pelo Judiciário, às competências dos outros Poderes do Estado. Consiste, em suma, na impossibilidade de a tarefa interpretativa gerar, como resultado, um sentido que afete danosamente o sistema de competências definidas na Constituição para os poderes estatais. Por tal princípio, deve o Judiciário adotar a *judicial self-restraint*, uma autocontenção para evitar a prática de atividade tipicamente política, sem prejuízo, obviamente, do regular exercício de sua função da jurisdição constitucional e de controle dos atos do Poder Público<sup>75</sup>.

Esses cânones ou princípios de interpretação são meros auxiliares no desempenho da tarefa hermenêutica e não há hierarquia entre eles, até porque, por exemplo, uma análise com enfoque apenas no princípio da máxima efetividade pode desencadear uma solução que ofenda o princípio da conformidade, caso se verifique infringência à separação dos poderes. Exige-se, portanto, cautela na justificação do uso dos princípios de interpretação constitucional,

---

73 Cf. HESSE, KONRAD, *A força normativa da Constituição*, tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

74 SARLET, INGO WOLFGANG; MARINONI, LUIZ GUILHERME; MITIDIERO, DANIEL, *Curso de Direito Constitucional*, 3ª ed. revista, atualizada e ampliada, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014, p. 229.

75 Vinculado a esse princípio, a doutrina das *capacidades institucionais* reconhece que o Judiciário não detém conhecimento técnico aprofundado em certas temáticas, a exemplo da área econômica, sendo necessário maior respeito às opções dos outros Poderes ou a proposição de um *diálogo institucional* para o fim de se preservar as capacidades e competências dos órgãos estatais e evitar a prática do ativismo judicial (cf. *Ibidem*, p. 233).

que devem, quando possível, ser combinados para a obtenção da melhor solução interpretativa<sup>76</sup>.

Apresentados os conceitos, é possível então apontar um método preferencial para se alcançar a melhor solução de interpretação e aplicação da norma constitucional?

Do que se anotou, e sem embargo da existência de outros métodos de interpretação constitucional referenciados pela doutrina<sup>77</sup>, vê-se claramente que o método *tradicional*, embora não seja sempre o mais adequado, ainda é extremamente relevante para a exegese constitucional, porquanto se apresenta como ponto de partida para descoberta do sentido da norma. O *tópico*, de outro lado, ao se preocupar demasiadamente com o problema, independentemente da solução normativa, não pode ser considerado como método científico para um regime jurídico em que a norma é a fonte primária do Direito<sup>78</sup>.

Desta forma, o método *concretizador* é o que se mostra como o mais acertado para interpretação da norma constitucional e garantia da transparência e controle no agir do Juiz<sup>79</sup>, uma vez que busca conciliar três aspectos importantes para a interpretação e

76 Importante, a propósito, a advertência apresentada por INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO: "Nesse sentido, com apoio em Böckenförde, deve-se esclarecer, desde logo, que esses princípios não têm caráter normativo, o que significa dizer que eles não encerram interpretações de antemão obrigatórias, valendo apenas como simples tópicos ou pontos de vista interpretativos, que se manejam como argumentos – sem gradação, nem limite – para a solução dos problemas de interpretação, mas que não nos habilitam, enquanto tais, nem a valorar nem a eleger os argumentos utilizáveis em dada situação hermenêutica. (...) Quanto à sua função dogmática, deve-se dizer que embora se apresentem como enunciados lógicos e, nessa condição, pareçam anteriores aos problemas hermenêuticos que, afinal, ajudam a resolver, em verdade, e quase sempre os princípios da interpretação funcionam como fórmulas persuasivas, das quais se valem os aplicadores do direito para justificar pré-decisões que, mesmo necessárias ou convenientes, sem o apoio desses cânones interpretativos se mostrariam arbitrárias ou desprovidas de fundamento." ("Fiscalização da Constituição: métodos e princípios da interpretação constitucional", *In Direito e Cidadania*, Ano V, n.º 18, Praia, 2003, p. 194).

77 PAULO GUSTAVO GONET BRANCO cita os métodos *científico-espiritual*, de RUDOLF SMEND, pela qual a Constituição é "um sistema cultural e de valores de um povo, cabendo à interpretação aproximar-se desses valores subjacentes à Constituição", e o *jurídico-estruturante*, de FRIEDRICH MÜLLER, um desenvolvimento do método concretizador, pelo qual "a norma não se confunde com o seu texto (programa normativo), mas tem a sua estrutura composta também pelo trecho da realidade social em que incide (o domínio normativo), sendo esse elemento indispensável para a extração do significado da norma" (*Curso de Direito Constitucional ...*, cit., p. 90-91).

78 Como alerta JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, "A concretização do texto constitucional através dos *tópoi* merece sérias reticências. Além de poder conduzir a um casuismo sem limites, a interpretação não deve partir do problema para a norma, mas desta para os problemas. A interpretação é uma actividade normativamente vinculada, constituindo a *constitutivo scripta* um limite ineliminável (Hesse) que não admite o sacrifício da primazia da norma em prol da prioridade do problema (F. Müller)." (*Direito Constitucional e Teoria ...*, cit., p. 1175-1176).

79 Cf. HESSE, KONRAD, "A interpretação constitucional" ..., cit., p. 103.

aplicação da norma: (i) a relevância que assume o fato social e as consequências do resultado interpretativo<sup>80</sup>; (ii) a necessidade de respeito aos critérios tradicionais de interpretação que conformam, entre outros aspectos, a observância dos limites linguísticos do texto normativo; e (iii) a liberdade e importância do intérprete na concretização dos princípios e vetores axiológicos da Constituição.

Ressalte-se, contudo, que esse método não pode ser utilizado acriticamente, ao sabor das preferências do intérprete. A despeito de se admitir “um influxo axiológico no processo de descodificação de princípios constitucionais que incorporem valores morais ou políticos socialmente aceites”<sup>81</sup>, as normas e princípios possuem sentidos mínimos de entendimento, premissas para sua utilização e focos de aplicação específicos, não podendo o intérprete ir além do que permite o conjunto de valores previstos na Constituição Federal, bem como desprezar os elementos tradicionais da interpretação e os princípios de interpretação constitucional.

### **3.2.2 O USO DA PONDERAÇÃO NA CONCRETIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

Os elementos clássicos de interpretação – que representam o programa normativo do método concretizador – são adequados à análise de dispositivos em que há uma precisão maior na determinação de seu conteúdo, ou seja, especialmente para a interpretação das *regras*, aquelas normas que contêm a previsão de condutas já estabelecidas pelo legislador como hábeis a atingir uma finalidade. A Constituição, porém, também abrange normas do tipo princípios, que são comandos indicativos de valores e interesses a serem perseguidos, sem a identificação prévia da conduta mais adequada para tal mister. Nesta situação, o intérprete tem maior liberdade para verificar a compatibilidade entre os efeitos concretos que a norma busca realizar e a promoção dos valores albergados nos princípios constitucionais<sup>82</sup>, isto é, o seu ajustamento ao ambiente

80 Mais uma vez a lição de KONRAD HESSE: “Se o direito e, sobretudo, a Constituição, têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tábula rasa. Ela há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição. A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação” (*A força normativa ...*, cit., p. 22).

81 MORAIS, CARLOS BLANCO DE, *Curso de ...*, Tomo II, cit., p. 621. Acerca de outras considerações críticas, negativas e positivas, sobre o método concretizador, cf. *Ibidem*, p. 626-628.

82 Cf. ÁVILA, HUMBERTO, *Teoria dos princípios ...*, cit., p. 78-79.

normativo, o que não pode, obviamente, ser feito apenas com base nos critérios interpretativos tradicionais.

Neste sentido, o intérprete deve se valer de cânones específicos de interpretação constitucional, entre os quais se mostra relevante o da *unidade da Constituição*, que funciona como uma diretiva de interpretação, um objetivo de harmonia normativa a ser alcançado. Referido princípio, ademais, tem relação direta com outros princípios ou postulados<sup>83</sup> que lhe conferem uma certa estrutura formal para a extração do sentido das normas-princípio e para solução das colisões normativas, notadamente as que envolvem direitos fundamentais. Assim, reforça-se a unidade da Constituição pelo princípio geral da *concordância prática*, que busca a harmonização dos bens jurídicos em conflitos; pela *ponderação*<sup>84</sup> ou balanceamento, para delinear o princípio ou interesse prevalente numa dada situação; e pela *proteção ao núcleo essencial* do direito a ser restringido, que também merece proteção constitucional<sup>85</sup>.

Vale dizer, contudo, que os princípios ou postulados da concordância prática, ponderação e proteção do núcleo essencial de um direito fundamental não apresentam, como característica intrínseca, uma estrutura capaz de garantir ou fornecer um caminho metódico para se alcançar a convivência harmônica entre os bens, direitos e interesses em conflito. Devem, portanto, ser complementados por outros postulados, sendo seus suportes primordiais a razoabilidade, a proporcionalidade e a proibição do defeito<sup>86</sup>.

83 É a nomenclatura utilizada por HUMBERTO ÁVILA, que considera os postulados como as condições essenciais que permitem a interpretação de um objeto cultural, classificando-se em: (i) hermenêuticos, voltados à compreensão do Direito; e (ii) aplicativos, que estruturam a aplicação concreta do Direito (*Ibidem*, p. 123-124). Nesse trabalho, em que pese algumas reservas, será seguida a sugestão do citado autor, com o objetivo principal de diferenciar os postulados dos princípios de interpretação constitucional.

84 Para ANA PAULA DE BARCELOS, a ponderação consiste na “*técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais*” (*Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, Rio de Janeiro, Renovar, 2005, p. 23, grifo do autor).

85 JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO acrescenta, como relacionado à unidade da Constituição, o princípio do efeito integrador, pelo qual “na resolução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se primazia aos critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração política e social e o reforço da unidade política.” (*Direito Constitucional e Teoria ...*, cit., p. 1187).

86 A razoabilidade e a proporcionalidade, em que pese suas origens denotem uma ideia de controle da prática de atos do Poder Público que acarretam danos a direitos fundamentais, passaram a ser utilizados como critérios interpretativos, especialmente acerca da constitucionalidade de normas que possam, igualmente, afetar direitos dos cidadãos (cf. SARLET, INGO WOLFGANG *et al.*, *Curso de ...*, cit., p. 226). A proibição do defeito também é relevante no controle das omissões estatais e na proteção deficiente dos direitos fundamentais.

O postulado da razoabilidade serve para estruturar a aplicação das normas e é utilizado em vários contextos e finalidades. HUMBERTO ÁVILA aponta três acepções<sup>87</sup>: (i) *razoabilidade como equidade*, em que se busca a harmonização da norma geral com o caso individual a ser considerado (razoável é o que normalmente acontece); (ii) *razoabilidade como congruência*, em que se faz a harmonização das normas com suas condições externas de aplicação (a norma precisa estar vinculada à realidade); e (iii) *razoabilidade como equivalência*, em que se exige “uma relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona”<sup>88</sup>.

Já o princípio ou postulado da proporcionalidade concede ao intérprete uma estrutura metódica e lógico-racional para a tarefa hermenêutica de solução de conflitos entre direitos fundamentais, propugnando, em síntese, que a medida ou a norma em análise deve ser adequada ao fim a que se propugna; a menos lesiva ao direito violado e com a mesma intensidade de satisfação do interesse perseguido; e a que ofereça um quadro geral de efeitos positivos satisfatórios em comparação com os danos ocasionalmente gerados ao direito prejudicado<sup>89</sup>.

Por fim, a proibição do defeito (ou da proteção deficiente)<sup>90</sup> impõe ao Estado o dever de agir, de editar normas ou praticar atos com vistas à garantia e aplicação dos direitos fundamentais. O postulado da proibição do defeito oferece uma justificação dogmática ao intérprete para adotar, quando for o caso, uma interpretação extensiva da norma constitucional, visando a abranger situações inicialmente não previstas pelo Constituinte, mas que podem ser extraídas do contorno de abrangência dos valores constitucionais.

87 Cf. *Teoria dos princípios ...*, cit., p. 154-160.

88 *Ibidem*, p. 160.

89 Sobre o conceito e aplicação do postulado da proporcionalidade, cf. MELLO, Ruy Nestor Bastos, “O princípio da proporcionalidade como instrumento de controle das restrições normativas à elegibilidade nos sistemas jurídicos do Brasil e de Portugal”, *In* Tribunal Regional Eleitoral da Bahia, *Revista Populus*, vol. 6, Salvador, 2019, p. 208/214. Disponível em <http://eje.tre-ba.jus.br/course/view.php?id=58>, acesso em 15/5/2021.

90 GILMAR MENDES entende que a proteção insuficiente do direito fundamental constitui uma função ou parcela do princípio da proporcionalidade (*Curso de Direito Constitucional ...*, cit., p. 226). Em sentido oposto, VITALINO CANAS aduz que o princípio da proibição do defeito se distingue do princípio da proporcionalidade (por ele nominado de proibição do excesso), porquanto possuem “pressupostos de aplicação, âmbito de aplicação, estrutura e objeto, regime jurídico e funções diversas” (*O princípio da proibição do excesso na conformação e controlo dos atos legislativos*, Coimbra, Almedina, 2017, p. 957).

Expostas as noções gerais sobre o cânone da unidade da Constituição e seus postulados instrumentais, as questões que se afiguram mais importantes, para fins de identificação do ativismo judicial na interpretação de princípios ou na resolução de colisões normativas, dizem respeito a saber quando é que se faz necessária a utilização da ponderação e como fazê-la de modo a apresentar uma justificação racional sobre a decisão adotada.

Sobre o primeiro aspecto, a opção pela forma de interpretação e aplicação da norma dependerá do grau de acerto da descrição da conduta contida na disposição normativa, sendo certo que “o peso do *programa normativo no processo de interpretação de princípios é menor do que o que subjaz à descodificação das regras*”<sup>91</sup>. Em outras palavras, quando o texto normativo estiver bem detalhado e definido, bastará a utilização dos elementos clássicos interpretativos para sua compreensão; no entanto, se a norma do tipo princípio contiver conceitos jurídicos de precisão indefinida ou apontar valores morais e políticos de relevância social, “o peso da *etapa concretizadora resulta ser bem mais significativa*”<sup>92</sup>, sendo imprescindível socorrer-se da técnica de ponderação de bens e valores, com o auxílio dos postulados estruturais informados, para definir o sentido da prescrição.

É preciso, assim, cuidado do intérprete para não utilizar a ponderação de forma desenfreada, para definição de toda querela jurídica, uma vez que a *preferência* de ordenação para descortino do sentido da norma é a dos elementos tradicionais de interpretação (com auxílio dos cânones de interpretação constitucional) e, somente na impossibilidade de resolução da causa, é que se deve partir para atividade ponderativa<sup>93</sup>. O importante é restringir ao máximo a carga de subjetivismo sobre a opção do juiz constitucional, com o fim de garantir a segurança jurídica, sem olvidar a possibilidade de atualização da norma constitucional.

91 MORAIS, CARLOS BLANCO DE, *Curso de ...*, Tomo II, cit., p. 664, grifo do autor.

92 *Ibidem*, p. 664, grifo do autor.

93 A propósito, veja-se a crítica sagaz de ARTHUR MAXIMUS MONTEIRO sobre o uso indevido da ponderação pelo Judiciário brasileiro, inclusive em desacordo com as lições apresentadas por ROBERT ALEXY: “Verdadeiramente, a ‘nova hermenêutica’ não oferece resposta satisfatória a uma simples indagação: por que fugir do método subsuntivo se for possível extrair da norma constitucional, ou de sua regulamentação ordinária, um resultado ‘*amparado por uma solidez lógica e finalística*’ evidente? Invocar de antemão a ponderação, muitas vezes ignorando regras estabelecidas pelo legislador ordinário, representa deturpação manifesta do método propostos pelo jusfilósofo alemão” (*Controle de constitucionalidade...*, cit. p. 107, grifo do autor).

Outrossim, a ponderação não deve ser realizada de forma acrítica e irracional, sendo necessário elencar alguns critérios mínimos de descoberta do sentido da norma ou, pelo menos, de justificação adequada da posição adotada. Um desses critérios, a ser anotado mais adiante, diz respeito à densificação dos conceitos jurídicos indeterminados e ao respeito ao sentido normativo possível da expressão normativa. Além desses aspectos, a atividade de concretização de princípios não pode resultar, de forma alguma, na criação de norma pelo juiz constitucional, com a fixação de regra de conduta não estabelecida previamente pelo legislador.

Outro critério relevante a se adotar consiste na compreensão de que certos princípios constitucionais têm precedência de valor axiológico em relação aos demais, como, por exemplo, os princípios democrático, da soberania nacional e da separação dos poderes, que, preferencialmente, não devem ceder perante outros em caso de conflitos<sup>94</sup>. Também se entende que as liberdades públicas têm um valor constitucional mais elevado do que os direitos sociais e econômicos, ressalvada a preservação do direito ao mínimo existencial<sup>95</sup>.

Já com relação à ponderação propriamente dita, elenca HUMBERTO ÁVILA algumas etapas estruturais para a referida operação: (i) *preparação da ponderação*, em que se faz a análise de todos os elementos circundantes ao caso, identificando o que deve ser ponderado; (ii) *realização da ponderação*, justificando o porquê da primazia de um bem em relação ao outro; e (iii) *reconstrução da ponderação*, estabelecendo as regras de relação entre os bens sopesados, com a pretensão de estender sua validade para outras situações similares<sup>96</sup>.

Advirta-se, em arremate, que, por mais que a doutrina apresente critérios mínimos de estruturação da ponderação, não se impedirá a existência de um grau de subjetivismo do julgador no momento de optar por conferir maior peso a esse ou a aquele prin-

94 Cf. MORAIS, CARLOS BLANCO DE, *Curso de ...*, Tomo II, cit., p. 673. Em sentido diverso, LUÍS ROBERTO BARROSO, aponta não haver hierarquia em abstrato entre os princípios constitucionais (*Curso de ...*, cit., p. 371).

95 Cf. SARMENTO, DANIEL e SOUZA NETO, CLÁUDIO PEREIRA DE, *Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho*, 2ª ed., Belo Horizonte, Forum, 2017, p. 526-527.

96 Cf. ÁVILA, HUMBERTO, *Teoria dos princípios ...*, cit., p. 146-147. De forma semelhante, cf. BARROSO, LUÍS ROBERTO, *Curso de ...*, cit., p. 376-381, e BARCELOS, ANA PAULA DE, *Ponderação ...*, cit., p. 92.

cípio<sup>97</sup>. O que se exige, em resumo, é que o julgador apresente, de forma exaustiva, as razões jurídicas que impuseram a necessidade da operação de ponderação e o porquê da solução por ele adotada, sob pena de, não o fazendo, impedir o devido controle social e político da decisão e de configurar, pela deficiência dessa justificação, uma situação de ativismo judiciário.

### 3.2.3 DENSIFICAÇÃO DE CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

Os enunciados normativos de uma Constituição, especialmente aqueles que expressam princípios, valores ou diretrizes, contêm geralmente vocábulos de conteúdo aberto, cujos sentidos não podem ser determinados pela mera leitura de seu texto, exigindo, ao contrário, uma atividade de complementação de seu significado, a ser realizado pelo intérprete e considerando as circunstâncias de um problema a ser resolvido.

Esse modelo linguístico das normas constitucionais reflete uma técnica legislativa utilizada pelo Constituinte em razão da impossibilidade de tutelar todos os valores e direitos a reger a vida comunitária a partir de conceitos fechados e regras concretas de convivência. O legislador, portanto, precisou utilizar termos plurissignificativos para definir o plexo de princípios e fundamentos relevantes na Constituição, permitindo, de outro vértice, a sua concretização pelos intérpretes com base em argumentos a serem extraídos do próprio ordenamento jurídico, incluindo os valores morais estabelecidos positivamente<sup>98</sup>.

Nessa atividade de densificação se reconhece que haverá certo grau de variação no entendimento do enunciado constitucional, o que pode representar um risco à segurança jurídica que se

97 Objeta-se, assim, a orientação apontada por ALEXY a respeito da possibilidade de quantificar os pesos dos valores dos interesses em conflito e, através de uma formulação matemática, discernir o valor preponderante, uma vez que "a justificação da atribuição de um maior peso a um princípio sobre outro, num processo de concretização estribado na técnica da ponderação assenta, essencialmente, na pertinência da argumentação jurídica e técnica, e menos em fórmulas matemáticas, incapazes de quantificar com rigor, elementos qualitativos de expressiva relevância" (MORAIS, CARLOS BLANCO DE, *Curso de ...*, Tomo II, cit., p. 682, grifo do autor).

98 Observe-se que os *hard cases* submetidos à jurisdição constitucional, como a autorização da eutanásia ou o aborto de fetos anencefálicos, não se resolvem tão somente com base em regras de conteúdo fechado, mas exigem a argumentação jurídica fundada em princípios de ordem moral, a serem extraídos da própria Constituição. O que não se pode admitir é o intérprete pretender "modificar a decisão do legislador quando há divergência sobre a 'ideia' de direito e de justiça" (DIMOULIS, DIMITRI, *Positivismo ...*, cit., p. 101).

espera do ordenamento. Assim, é fundamental estabelecer alguns parâmetros básicos que permitam identificar limites impostos ao intérprete, sob pena de ultrapassar o sentido admissível da norma jurídica e, eventualmente, configurar o ativismo judicial.

A primeira nota a que o julgador deve se ater é que, considerando o princípio da separação dos poderes, ao legislador é conferida a primazia do trabalho de concretização das normas constitucionais e apreensão de seus conceitos jurídicos. Na sua função de legislar, cabe-lhe adotar certas premissas de entendimento sobre os fatos e as normas jurídicas, devendo, de regra, o Poder Judiciário adotar uma postura de deferência para com essa liberdade discricionária do Poder Legislativo, olvidando-se de invalidar uma norma sem que se verifique uma efetiva transgressão aos princípios reitores da Constituição ou aos direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos.

Um outro pressuposto da atividade de densificação é a compreensão racional de que os conceitos contidos nos enunciados, por mais vagos e imprecisos, possuem “*algum conteúdo determinável*, isto é, certa densidade mínima, pois, se não o tivessem, não seriam conceitos e as vozes que os designam sequer seriam palavras”<sup>99</sup>. Há, assim, zonas de certeza positiva e de certeza negativa quanto à compreensão e aplicação do conceito indeterminado a uma dada situação fática ou jurídica, não se podendo aceitar que o intérprete adote uma significação não permitida pelo signo linguístico em exame.

Neste sentido, ensina JORGE MIRANDA que a tarefa de delimitação ou densificação do conteúdo jurídico dos conceitos indeterminados deve ser “pautada pela perspectiva dos princípios, bens e interesses constitucionalmente relevantes”<sup>100</sup>, não sendo permitido o intérprete “*transfigurar* o conceito, de modo a que cubra dimensões essenciais e qualitativamente distintas daquelas que caracterizam a sua intenção jurídico-normativa”<sup>101</sup>.

---

99 MELLO, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE, *Discricionariedade ...*, cit., p. 28-29, grifo do autor.  
100 *Teoria do Estado e da Constituição*, 3ª ed. revista, atualizada e ampliada, Rio de Janeiro, Forense, 2011, p. 324.

101 *Ibidem*, p. 324, grifo do autor. JORGE MIRANDA acrescenta que o legislador, em que pese sua margem maior de conformação, também não pode ampliar demasiadamente o sentido de um conceito jurídico indeterminado.

Uma hipótese aceitável de densificação consiste em verificar se o conceito exposto na Constituição já possui alguma significação na legislação ordinária. Não se trata de interpretar a Carta Magna a partir da lei, mas sim de buscar a harmonia de todo o ordenamento, não se podendo aceitar que o sentido de um vocábulo constitucional seja distinto daquele já concebido como adequado na lei infraconstitucional e, ainda mais, quando tem o apoio da doutrina<sup>102</sup>.

Enfim, a simples presença de conceitos jurídicos vagos nas normas constitucionais não encerra uma escusa para a prática de decisões judiciais ativistas, sob o fundamento de que o intérprete teria uma liberdade maior na tarefa de criação da norma concreta ao caso em análise. Em verdade, a técnica de exposição normativa de termos plurissignificativos exprime um dever ao julgador de encontrar um sentido razoável ao enunciado, respeitando a posição do Legislador, com base em conceitos racionais e mediante a apresentação de uma fundamentação hábil ao convencimento dos demais atores do processo judicial e político.

Como conclusão final sobre a temática da interpretação, pode-se afirmar que o conhecimento dos aspectos básicos sobre a interpretação constitucional contribui para divisar alguns limites para a atuação do intérprete na tarefa de encontrar sentido aos enunciados normativos, os quais, se ultrapassados, podem configurar o ativismo judicial. Também resta assentada a importância da utilização adequada dos métodos, elementos e princípios de interpretação constitucional e do dever que o intérprete tem de apresentar à crítica doutrinária qual foi o caminho racional adotado para encontrar o sentido da norma constitucional.

É fundamental, portanto, que a exegese a ser empreendida pelo intérprete compreenda e respeite os aspectos básicos e essenciais do processo de interpretação, uma vez que a não observância do método adequado e o apego demasiado a critérios que levam em conta apenas as preferências do intérprete fatalmente implicarão uma atividade que foge aos parâmetros da jurisdição constitucional, podendo implicar o indesejável ativismo judicial.

---

102 Por isso é que PAULO GUSTAVO GONET BRANCO afirma que “se o constituinte se dedica a disciplinar um assunto de cunho técnico, os termos de que se vale, em princípio, devem ser compreendidos como o são na área do saber especializado” (*Curso de Direito Constitucional ...*, cit., p. 85).

### 3.3 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL “INCONSTITUCIONAL”

A mutação constitucional consiste na “mudança do conteúdo e do alcance das normas constitucionais pela via informal, isto é, sem que seja alterado o texto da Constituição”<sup>103</sup> através dos mecanismos formais e clássicos das emendas constitucionais. Essa alteração informal do sentido preexistente da norma constitucional pode também encerrar um campo frutífero para incidência do ativismo judicial.

A mutação da Constituição pode se manifestar de várias formas<sup>104</sup>, sendo relevante, no particular, analisar a alteração que decorre do processo de (re)interpretação da norma constitucional e avaliar se a mudança do sentido da norma é adequada (mutação constitucional), traduzindo o equilíbrio entre a rigidez e a plasticidade das normas constitucionais; ou se ela é inválida (mutação inconstitucional<sup>105</sup>), por afrontar o princípio da supremacia da Constituição.

Importante deixar claro que a mutação constitucional difere da interpretação evolutiva, aquela que ocorre quando se amplia a aplicação da norma a uma hipótese de incidência não prevista ou que não existia na época da edição do ato normativo. A marca essencial da mutação constitucional é a mudança de sentido da norma em comparação com um entendimento anterior, demonstrando, em tese, a natural evolução do pensamento jurídico com base na realidade social que circunda a norma.

Para que não se configure, contudo, uma mutação inconstitucional, é preciso que sejam observados os mesmos limites relacionados à interpretação, conforme já aduzidos, importando que se preserve, no processo interpretativo, a carga semântica possível e racional a ser extraída da descrição normativa e os princípios es-

103 SARLET, INGO WOLFGANG *et al.*, *Curso de ...*, p. 161.

104 É possível verificar a mutação constitucional em razão do costume constitucional (por exemplo, ao se aceitar que o Presidente possa negar aplicação à lei inconstitucional) ou por força da legislação infraconstitucional (quando se desencadeia uma nova interpretação avalizada pela doutrina em geral).

105 Adota-se, no artigo, a distinção semântica enunciada por ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ: “A expressão *mutação constitucional* é reservada somente para todo e qualquer processo que altere ou modifique o sentido, significado e o alcance da Constituição *sem contrariá-la*; as modalidades de processos que introduzem alteração constitucional, contrariando a Constituição, ultrapassando os limites constitucionais fixados pelas normas, enfim, as alterações inconstitucionais são designadas por *mutações inconstitucionais*.” (*Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*, 2ª ed., Osasco, EDIFIEO, 2015, p. 10, grifo do autor.)

senciais que estabelecem um sentido de unidade da Constituição para cumprimento de seus propósitos fundamentais.

Em suma, conforme aponta CARLOS BLANCO DE MORAIS, ocorrerá a mutação constitucional interpretativa inadequada “quando as jurisdições constitucionais, com ou sem conexão com o direito constitucional positivo, revelam critérios materiais de decisão de natureza inovadora que não defluem ‘prima facie’ da semântica do texto da Lei Fundamental e que implicam alterações constitutivas no ordenamento constitucional”<sup>106</sup>.

A frequente crítica que se faz em derredor da mutação constitucional levada a efeito pelo STF – e de seu possível caráter de ativismo judicial – geralmente se relaciona com a ausência de segurança jurídica de seus próprios precedentes.

Isso porque a mutação constitucional, em regra, deve constituir um processo relativamente lento, sedimentado através de ponderada e consistente reflexão jurídica sobre o conteúdo da norma constitucional, mas a experiência prática do STF demonstra que o ritmo de alterações interpretativas tem sido muito rápido, denotando pouca deferência para com o sentido normativo da Constituição<sup>107</sup>. O tema, no particular, será novamente apreciado quando da análise crítica da apreciação pelo STF da constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa, especificamente acerca da regularidade ou não da mutação constitucional sobre a possibilidade de estender ao direito eleitoral o princípio da não culpabilidade penal.

### **3.4 A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA DEFICIENTE**

Um outro parâmetro para verificar o ativismo judicial se relaciona com a argumentação jurídica exigida para justificar a decisão judicial, ou seja, a existência de “um teste argumentativo

106 *Curso de ...*, Tomo II, cit., p. 250.

107 Veja o caso da prisão por decisão condenatória de segunda instância. No período republicano, o STF sempre admitiu essa possibilidade, mas em 05/02/2009, no julgamento do HC n.º 84.078, Rel. Min. EROS GRAU, a Corte passou a proibir a “execução antecipada da pena”. Já em 17/02/2016, no HC n.º 126.292, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, o STF retomou a posição inicial, admitindo a “execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação”. O tema voltou a ser tratado em 04/04/2018, no julgamento do HC n.º 152.752, Rel. Min. EDSON FACHIN, impetrado pelo ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, sendo mantida a posição de 2016, mas com a maioria mínima de um voto. Por fim, esse entendimento foi modificado no julgamento das ADCs n.ºs 43, 44 e 54, em 7/11/2019, DJe de 11/11/2019, em que se assentou a constitucionalidade do art. 283 do CPP, que somente permite as modalidades de prisões em flagrante delito, cautelares (temporárias e preventivas) ou decorrentes de condenação transitada em julgado.

minimamente rigoroso que comprove a solidez da solução final encontrada”<sup>108</sup>. Impõe-se, assim, que a decisão judicial cumpra certos requisitos dogmáticos e científicos que permitam a sua compreensão e aceitabilidade jurídica e social.

Referida exigência é sobremaneira importante para análise dos conhecidos *hard cases*, aqueles que envolvem conceitos jurídicos indeterminados ou colisões de princípios e direitos fundamentais, cuja solução não será obtida de modo evidente a partir de uma regra específica do ordenamento jurídico. É essencial que o Juiz, na atividade de ponderação a ser realizada, esclareça fundamentadamente a opção escolhida para construir a norma do caso concreto, não sendo suficiente apenas apontar que um direito ou princípio prevalece sobre o outro, mas sim o porquê dessa constatação, através de uma justificação material racional<sup>109</sup>. Se não o fizer, pode-se estar diante de uma decisão judicial ativista, que cria ou altera indevidamente a solução desenhada pelo legislador para o caso em exame<sup>110</sup>.

Nesse desiderato, a doutrina especializada aponta alguns requisitos de justificação que devem estar contidos, em maior ou menor escala, nas decisões judiciais<sup>111</sup>: (i) a fundamentação jurídica deve se basear, até mesmo implicitamente, em norma formal contida no sistema jurídico, válida e vigente; (ii) o fundamento adotado deve ter um caráter de generalidade, sendo possível sua utilização para outros casos semelhantes e não apenas como posição casuística<sup>112</sup>; (iii) deve haver a análise sobre os precedentes

108 MORAIS, CARLOS BLANCO DE, *Curso de ...*, Tomo II, cit., p. 435. Cite-se também o preciso ensinamento de LUIS ROBERTO BARROSO: “A argumentação jurídica é um caso especial da teoria da argumentação. Com tal, deve obedecer às regras do discurso racional: as conclusões devem decorrer logicamente das premissas, não se admite o uso da força ou da coação psicológica, deve-se observar o princípio da não contradição, o debate deve estar aberto a todos, dentre outras. Paralelamente, outras regras específicas do discurso jurídico deverão estar presentes, como a preferência para os elementos normativos do sistema, o respeito às possibilidades semânticas dos textos legais, a deferência para com as deliberações majoritárias e a observância dos precedentes, para citar alguns exemplos.” (*Curso de...*, cit., p. 383).

109 Cf. BARCELOS, ANA PAULA DE, *Ponderação ...*, cit., p. 41-48.

110 EDUARDO APPIO salienta, com precisão, que “A interpretação judicial de cláusulas constitucionais abertas pode representar, em alguns casos, uma verdadeira tirania judicial, nas hipóteses em que a motivação da decisão do juiz se revele insuficiente, bem como nos casos em que a motivação do ato é apenas aparente e tem por fito esconder os verdadeiros motivos da decisão.” (*Controle Judicial ...*, cit., p. 60).

111 Cf. BARROSO, LUIS ROBERTO, *Curso de ...*, cit., p. 354 e 384-387; e SAMPAIO, JOSÉ ADÉRCIO LEITE, *A Constituição reinventada ...*, cit. p. 773-785.

112 Nesse sentido, KARL LARENZ: “O juiz que interpreta uma lei afirma implicitamente que ela ‘corretamente’ deve interpretar-se assim em *todos* os seus casos futuros, e não doutro modo. A atividade

judiciais<sup>113</sup>, para o fim de confirmá-los ou, se for o caso, negar sua aplicação fundamentadamente; e (iv) devem ser avaliadas as consequências da deliberação judicial, os efeitos positivos e negativos a serem produzidos, especialmente para evitar o sacrifício de direitos fundamentais.

Observe-se, contudo, que estes parâmetros mencionados se voltam para a solução de apenas um dos problemas da argumentação jurídica, que é o da “verificação da correção ou validade de uma argumentação que, consideradas certas premissas fáticas e a incidência de determinadas normas, conclui que uma consequência jurídica deve ser aplicada ao caso concreto”<sup>114</sup>. Avalia-se o momento final de aplicação da norma, sem se preocupar com a identificação dos fatos e das normas aplicáveis.

Sucedem que esses dois últimos elementos (fatos e normas) são também relevantes para a teoria da argumentação jurídica, porquanto é a partir da correta observação da integralidade dos fatos relevantes e da regular escolha das normas jurídicas a serem objeto de análise que se poderá construir uma fundamentação justificada para a decisão judicial. A não observância correta dessas fases na argumentação pode ensejar a omissão (deliberada ou não) de aspectos fundamentais para a decisão judicial, a qual, em razão disso, poderá ser descrita como ativista.

Assim é que, ao se aplicar um princípio a uma situação concreta, tal apreciação deve ser feita a partir da densificação dos conceitos contidos no enunciado normativo, não bastando sua mera exposição acrítica, porquanto o princípio possui conteúdo e requisitos de incidência<sup>115</sup>. Também não pode o exegeta ignorar

---

interpretativa do juiz está, tal como a da ciência, subordinada à exigência da ‘correção’ dos seus resultados, ‘correção’ no sentido de razão suficiente do conhecimento. Tem-se aqui em vista, é certo, não apenas uma correção lógico-formal, mas também correção, ou antes, rectidão, material, no sentido dum conhecimento *correcto* no seu conteúdo” (*Metodologia da Ciência do Direito*, 2ª ed., tradução de José de Souza Brito e José Antônio Veloso, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1969, *apud* RAMOS, ELIVAL DA SILVA, *Ativismo Judicial ...*, cit., p. 173).

113 CARLOS BLANCO DE MORAIS aponta os precedentes do próprio juiz constitucional como “normas de *soft law*, que operam como ‘fontes-facto’ e se assumem materialmente como um prolongamento da própria Constituição na qualidade de sub-critérios complementares da Lei Fundamental” (*Curso de ...*, Tomo II, cit., p. 644), situando-os como aspectos relevantes de análise do elemento histórico da interpretação.

114 BARROSO, LUÍS ROBERTO, *Curso de...*, cit., p. 387-388.

115 DANIEL SARMENTO também apresenta um critério relevante para fundamentação jurídica que demande a aplicação de princípios: “Deve-se adotar a premissa de que quanto mais vaga for a norma a ser aplicada, e mais intenso o componente volitivo envolvido no processo decisório, maior deve ser o ônus argumentativo do intérprete, no sentido de mostrar que a solução por ele adotada é a

a existência de pressupostos objetivos estabelecidos na norma constitucional para conformar sua decisão ou mesmo para deixar de aplicá-los<sup>116</sup>.

A argumentação jurídica, com base em todos os elementos de interpretação expostos e após uma depurada seleção dos fatos e das normas jurídicas, permitirá o convencimento da racionalidade e plausibilidade da solução determinada pelo juiz constitucional. Na tentativa de se evitar o ativismo judicial, não se está a buscar a adoção da decisão certa, com base numa norma estática do ordenamento jurídico; o que se almeja, numa teoria moderna do constitucionalismo, são decisões aceitáveis, dentre as opções axiológicas estabelecidas pelo Constituinte e desde que racional e juridicamente fundamentadas.

### **3.5 A CRIAÇÃO DO DIREITO PELO JUDICIÁRIO<sup>117</sup>**

O ativismo judicial que mais tem afetado o Parlamento ocorre quando o Judiciário se arvora na principal tarefa do Legislativo, adotando decisões que, em verdade, se traduzem na edição de normas em abstrato e inovam na ordem jurídica, criando o direito.

Como sabido, a norma jurídica regula, ordinariamente, comportamentos através de disposições gerais e abstratas, que valem para todos. A jurisdição, por sua vez, implica o julgamento de conflitos intersubjetivos ou normativos, que se efetiva pela conformação do direito objetivo e com o fim de garantir a pacificação social. O juiz aprecia os conflitos e decide através da interpretação

---

que melhor realiza os valores do ordenamento naquele caso concreto.” (*Por Um Constitucionalismo Inclusivo ...*, cit., p. 265).

116 Um exemplo de ativismo judicial é o julgamento pelo STF, em 20/03/2014, da Reclamação n.º 4.335, Rel. Min. GILMAR MENDES, na qual se consignou o “efeito *ultra partes* da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso”, reinterpretando-se o papel do Senado Federal definido no artigo 52, X, CF, apenas para conferir publicidade às decisões de inconstitucionalidade do STF. Para ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ, essa decisão “viola diretamente a própria força normativa da Constituição escrita e a efetividade de suas normas, cujo respeito obriga todos os poderes constituídos, inclusive o STF, que, como guardião da Constituição, deve a ela se curvar” (“Jurisdição Constitucional: conflitos e tensões entre o Supremo Tribunal Federal e o Poder Legislativo”, *In Espaço Jurídico Journal of Law*, vol. 17, n.º 1, 2016, p. 198. Disponível em <http://dx.doi.org/10.18593/ejil.v17i1.5805>, acesso em 08/09/2018).

117 Apesar de o defeito na interpretação da norma ser a principal fonte do ativismo judicial, a indicação da “criação do direito” como um parâmetro específico se justifica por duas razões: (i) a inovação da ordem jurídica pelo Judiciário é uma evidência que torna mais fácil a percepção de uma prática ativista; e (ii) há situações em que a criação do direito não decorre de sofisticadas técnicas interpretativas, mas apenas do resultado objetivo da aplicação direta de regras e fórmulas do controle da constitucionalidade das normas.

e aplicação das normas jurídicas produzidas pelo Legislativo, nelas incluídas as regras concretas de conduta e os princípios jurídicos que dão sustentação axiológica ao ordenamento jurídico.

É certo, destarte, que o STF não pode exercer uma atividade de expansão do ordenamento jurídico, mediante criação de regras gerais de conduta, notadamente a imposição de sanções não estabelecidas em lei ou na Constituição. A jurisprudência, nos sistemas romano-germânico (*civil law*), não constitui fonte formal de direito, não cria a norma jurídica, apenas serve como referência de atuação, às vezes obrigatória, aos demais integrantes do Judiciário.

Observe-se, porém, que não é tão simples a identificação de uma atividade judicial ativista que invade a tarefa de criação do direito. A moderna teoria da hermenêutica jurídica admite como válida uma certa atividade criadora do julgador quando da interpretação e aplicação da norma a um caso concreto. O magistrado tem o poder/dever de extrair o sentido do enunciado jurídico e, ao concretizá-lo para uma dada situação, promove as necessárias adaptações ou desdobramentos, criando a norma jurídica de decisão e, ao fim e ao cabo, contribuindo para a formação do direito no caso específico analisado.

De igual modo, não há ativismo judicial na modalidade de interpretação evolutiva, em que ocorre “o ajustamento do sentido de certos preceitos constitucionais a novas realidades políticas, económicas e sociais que o respectivo enunciado não abarcava expressamente”<sup>118</sup>. Não se cria, nesta situação, uma norma geral e abstrata, apenas se amplia a hipótese de incidência de aplicação da norma, como sói ocorrer nos casos de inovações tecnológicas que passaram a ser objeto de apreciação posteriormente à edição da norma<sup>119</sup>.

A distinção que marca a atividade jurisdicional e legislativa quanto à criação do direito é que a primeira, diferentemente da segunda, está sempre vinculada direta ou indiretamente ao comando expresso na lei ou na Constituição<sup>120</sup>. Ao Judiciário somente se permite criar o direito por uma norma concreta de decisão

118 MORAIS, CARLOS BLANCO DE, *Curso de ...*, Tomo II, cit., p. 250.

119 Por exemplo, a norma que garante o direito de privacidade deve ser interpretada ampliativamente para proteger o cidadão por ofensas através da *internet*, ambiente que não existia quando da promulgação da CF-88.

120 Cf. RAMOS, ELIVAL DA SILVA, *Ativismo Judicial ...*, cit., p. 122.

estabelecida em conformidade com os parâmetros normativos previamente estatuidos pelo direito positivo. O legislador, ao contrário, é livre para moldar novos comportamentos jurídicos, através da edição de atos normativos primários, que encontram limites apenas na Constituição.

Em suma, o que se propõe como conceito de ativismo judicial perante o Poder Legislativo, com relação à criação do direito, é a atividade do juiz constitucional que, através da “manipulação do conteúdo normativo do ato controlado”<sup>121</sup> ou da inobservância dos pressupostos constitucionais para a prolação da decisão judicial, estabelece um novo marco normativo no ordenamento jurídico, estatuidando, permitindo ou proibindo algo impossível de ser construído a partir de uma interpretação racional da Constituição<sup>122</sup>.

Importante apresentar, com mais detalhes, algumas destas situações de atividade criadora do direito a servirem de critérios limitadores do ativismo judicial<sup>123</sup>.

### **3.5.1 AS SENTENÇAS MANIPULATIVAS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**<sup>124</sup>

No âmbito específico do controle de constitucionalidade, as decisões que inovam a ordem jurídica são denominadas de

121 *Ibidem*, p. 202.

122 A essa descrição, ÂNGELA CRISTINA PELICOLI dá o nome de *sentença normativa*, ou seja, o “termo que abarca o conjunto das decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal que criam norma geral e abstrata, transformando, adequando, modificando e integrando o texto de lei ou de ato normativo, com o objetivo de concretizar a Constituição.” (*A sentença normativa ...*, cit., p. 184).

123 Além das situações mencionadas nesse estudo, a criação do direito pelo STF pode ocorrer pela simples inobservância da regra básica processual de limitar a sentença aos termos do pedido. É o que ocorreu no julgamento da Petição n.º 3.388 (Rel. Min. AYRES BRITTO, decisão de 19/03/2009), em que se pretendia a declaração de nulidade do processo de demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol. Em sua decisão, o STF não se limitou a declarar a regularidade constitucional do mencionado processo, mas estabeleceu, em acréscimo, que fossem cumpridas determinadas “salvaguardas institucionais”, consideradas como “pressupostos para o reconhecimento da demarcação efetuada”. Em verdade, o STF inovou no ordenamento jurídico, ao estabelecer regras sobre o procedimento, requisitos e condições para a demarcação de terras indígenas, não previstas na legislação.

124 No tópico em análise, apenas são identificadas as técnicas decisórias do controle de constitucionalidade que podem ensejar o ativismo judicial pelo vício da criação do direito. Há, contudo, outros tipos de decisões que também podem configurar o ativismo, mas não pela inovação da ordem jurídica, a saber: (i) a declaração de *inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade*, que é adotada pelo STF “quando a situação que ensejou a propositura da ação direta se mostrar absolutamente inalterada em razão do estado de fato consolidado ou possibilitar um agravamento no seu estado de inconstitucionalidade caso pronunciados os seus efeitos” (CUNHA JÚNIOR, DIRLEY DA, *Controle de Constitucionalidade ...*, cit., p. 252); e (ii) a técnica do *apelo ao legislador*, quando o juiz constitucional verifica uma *inconstitucionalidade progressiva* da norma, a declara constitucional, mas incita o legislador a corrigir um vício nela incidente que a tornará, no futuro, inconstitucional.

decisões *ou sentenças manipulativas em sentido amplo*<sup>125</sup> e são aquelas “que importam, em alguma medida, na interferência sobre o conteúdo normativo dos dispositivos legais fiscalizados, logrando impor aos operadores e destinatários do sistema jurídico variantes interpretativas ou efeitos, em detrimento de outros que, *prima facie*, deles também se poderiam extrair”<sup>126</sup>.

Uma de suas espécies são as *sentenças interpretativas*, nomeadas por CARLOS BLANCO DE MORAIS de “sentenças interpretativas condicionais”<sup>127</sup>, pelas quais se propõe a existência de “alternativas exegéticas diversas, associadas ao enunciado normativo, algumas conformes e outras desconformes à Constituição”<sup>128</sup>. Para análise da configuração do ativismo judicial nesta espécie de decisão, deve-se avaliar o fundamento jurídico utilizado para definir o sentido normativo havido por adequado e para excluir aquele entendido como indevido, bem assim – e principalmente – se o sentido obtido da norma é passível de ser justificado pela própria interpretação constitucional.

As sentenças interpretativas podem ser de duas modalidades<sup>129</sup>. A primeira são as *decisões interpretativas de rejeição ou improcedência*, pelas quais não se acolhe a imputação de inconstitucionalidade por considerar ser possível extrair do dispositivo um sentido normativo que seja compatível com a Constituição. Essa decisão é diferente de uma simples improcedência do pedido porque, na sua justificação, anota-se a inconstitucionalidade de uma determinada interpretação da norma, valendo apenas aquela apontada como conforme a Constituição.

De outro lado, há as *decisões interpretativas de acolhimento*

125 BERNARDO DE MENDONÇA TEIXEIRA CASTRO alude ao conceito de “sentenças intermédias”, que seria um terceiro gênero entre as sentenças de rejeição e de procedência de inconstitucionalidade, englobando, de forma geral, as “sentenças manipulativas” do conteúdo da decisão e as sentenças modeladoras dos efeitos da decisão. (*As sentenças intermédias na ordem constitucional nacional*, Coimbra, Edições Almedina, 2016, p. 65-66).

126 RAMOS, ELIVAL DA SILVA, *Ativismo Judicial ...*, cit., p. 213. Especificamente sobre a manipulação dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade, cf. SAMPAIO, FLÁVIA CERQUEIRA, “Os efeitos diferidos para o futuro de uma decisão de inconstitucionalidade”, In MORAIS, CARLOS BLANCO DE (coord.), *As Sentenças Intermédias da Justiça Constitucional*, Lisboa, AAFDL, 2009, p. 665-734.

127 *Justiça Constitucional: o direito do contencioso constitucional*, Tomo II, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 376.

128 RAMOS, ELIVAL DA SILVA, *Ativismo Judicial ...*, cit., p. 215.

129 Acerca das distinções entre os tipos de sentenças interpretativas, cf. LOPES, PEDRO MONIZ, “Sobre as sentenças de inconstitucionalidade parcial qualitativa”, In MORAIS, CARLOS BLANCO DE (coord.), *As Sentenças Intermédias da Justiça Constitucional*, Lisboa, AAFDL, 2009, p. 497-525.

*ou procedência*, que são “aquelas que sancionam com inconstitucionalidade parcial qualitativa o ato legislativo controlado, restringindo a sanção de invalidade não a alguns de seus dispositivos (inconstitucionalidade parcial quantitativa), mas a determinadas variantes interpretativas associadas a um ou mais de um de seus enunciados normativos”<sup>130</sup>. Nessa decisão, o tribunal declara a inconstitucionalidade parcial qualitativa, sem redução de texto, o que significa que o dispositivo analisado permanece em vigor na sua integralidade, vedando-se, contudo, a extração de um (ou mais de um) sentido normativo reputado inconstitucional pelo julgador.

Essas técnicas de decisões judiciais de controle de constitucionalidade, por si sós, não afrontam a Constituição, inclusive são previstas formalmente no ordenamento jurídico, conforme art. 28 da Lei n.º 9.968/99. Contudo, o que deve ser objeto de extremo cuidado é a verificação se o juiz constitucional, com o fim de compatibilizar a lei com a Constituição ou para rejeitar expressamente um sentido normativo, resultou por admitir como válida uma exegese do dispositivo que afronta a teoria da interpretação constitucional, notadamente com desrespeito à margem de conformação que suporta a literalidade do dispositivo examinado<sup>131</sup>.

A outra espécie das sentenças manipulativas consiste nas *sentenças manipulativas em sentido estrito*, aquelas que “não se limitam a trabalhar o conteúdo dos dispositivos legais fiscalizados mediante a discriminação entre programas normativos compatíveis ou não com a Constituição”<sup>132</sup>, mas buscam uma nova compreensão do dispositivo, amparado em elementos extraídos de outras normas, com o fim de ampliar ou reduzir o seu espaço de incidência normativa. Em tais situações, o juiz “procede a uma modificação e

130 RAMOS, ELIVAL DA SILVA, *Ativismo Judicial ...*, cit., p. 218. CARLOS BLANCO DE MORAIS classifica as decisões interpretativas de acolhimento como sentenças redutivas, “dado que restringem sempre o conteúdo normativo, real ou hipotético, emergente de uma determinada disposição, eliminando uma norma inconstitucional que nela se encontra contida” (*Justiça Constitucional ...*, cit., p. 403).

131 Exemplo de ativismo foi o julgamento da ADI n.º 4.277 (Rel. Min. AYRES BRITTO, decisão de 05/05/2011), em que o STF, ignorando a expressa e literal disposição do artigo 223, § 3º, CF, pelo qual se reconhece como entidade familiar “a união estável entre o homem e a mulher”, estendeu o sentido da norma para abranger também as relações homoafetivas, conferindo interpretação conforme ao artigo 1.723 do Código Civil para “dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar”. Em que pese louvável moralmente a decisão do STF, que visava à proteção contra quaisquer formas de preconceito, fato é que a disciplina constitucional era (e é) absolutamente clara, sendo operada, em verdade, uma alteração indevida de seu sentido.

132 RAMOS, ELIVAL DA SILVA, *Ativismo Judicial ...*, cit., p. 220.

integração das normas submetidas ao seu exame, de modo a que estas adquiram um conteúdo diferente do que aquele que originalmente possuíam”<sup>133</sup>.

Dentro dessa categoria, há as *sentenças aditivas*, quando se declara inconstitucional uma norma, sem ou com redução de seu texto, geralmente por infração ao princípio da igualdade, porque deixou de prever uma certa situação em que deveria atuar ou não previu sua incidência a certos destinatários. Por essa técnica, diferentemente da decisão interpretativa de acolhimento, o Tribunal primeiro elimina o sentido normativo havido por inconstitucional e, depois, procede à reconstrução do dispositivo, determinando sua ampliação a uma nova hipótese de incidência ou a outros destinatários. A disposição normativa deve ser então interpretada sempre com o acréscimo de sua parcela adjuntiva estabelecida pelo juiz constitucional.

A princípio, trata-se de uma regular fórmula ou técnica de controle de constitucionalidade embasada na interpretação extensiva da norma sob análise, mas o que precisa ser observado, para verificação do ativismo judicial, é se a parte acrescida ao sentido do dispositivo está devidamente respaldada por uma fonte normativa própria do ordenamento jurídico (não pode ser criação original do Judiciário) e autorizada pelo espaço natural de abrangência da norma a ser expandida, de acordo com os seus naturais limites interpretativos<sup>134</sup>.

A doutrina alude ainda às *sentenças aditivas de princípio*<sup>135</sup>, que são as que declaram a inconstitucionalidade da norma e, identificando uma lacuna, geralmente axiológica, apontam ao legislador um determinado princípio jurídico a ser levado em consideração para a correção da irregularidade. Nesta espécie, não há a componente aditiva, posto que a reconstrução da norma será feita pelo Legislativo, levando em conta ou não o princípio estabelecido pelo

133 CASTRO, BERNARDO DE MENDONÇA TEIXEIRA, *As sentenças intermédias ...*, cit., p. 119.

134 É o que bem explica ELIVAL DA SILVA RAMOS: “Os marcos fronteirços (tênuos, reconheça-se) entre uma sentença manipulativa aditiva, respeitosa do ordenamento jurídico, e o ativismo judicial podem ser divisados em dois aspectos fundamentais: o princípio ou a norma constitucional especificamente justificante deve gozar de plenitude eficaz, sendo que a disciplina legislativa dele ou dela discrepante deve estar compreendida no seu campo de abrangência; de outra parte, o dispositivo ou o conjunto de dispositivos (regime jurídico) objeto da expansão reconstrutiva deve contar com uma textualidade que a ela dê suporte, vale dizer, que não a coloque, inequivocamente, fora de seu espaço de interpretação.” (*Ativismo Judicial...*, cit., p. 224).

135 Cf. MORAIS, CARLOS BLANCO DE, *Justiça Constitucional...*, cit., p. 441-446.

Tribunal. Esse tipo de decisão pode ser considerado ativismo judicial se o princípio jurídico tiver força vinculante, situação que limitaria a liberdade de conformação do legislador.

Uma outra categoria são as *sentenças substitutivas ou criativas*, quando se declara inconstitucional um dispositivo porque ele prevê, de forma equivocada, uma certa disciplina quando, na verdade, outra seria a correta, sendo esta que passa a ser determinada pelo juiz constitucional. Em tais situações, o julgador decide com base em valores ou princípios constitucionais, mas em desacordo com a literalidade da disposição normativa, sendo claro exemplo de ativismo judicial, porquanto é o juiz que cria a norma geral e abstrata.

### **3.5.2 ATOS NORMATIVOS “PRÓPRIOS” DO STF EM DESACORDO COM A CONSTITUIÇÃO**

Na pretensão de sistematizar os critérios materiais para identificação do ativismo judicial, pode-se dizer que o fenômeno também se verifica quando o próprio guardião da norma constitucional dela se dissocia na prática de atos relacionados a sua competência normativa, na edição de ato normativo que ultrapasse o feixe de competências indicadas nos incisos I e II do artigo 96 da Constituição Federal, relacionadas ao regramento de atos internos do Tribunal. A inobservância dessa regra constitucional consistiria numa inovação indevida na ordem jurídica e, portanto, configuraria o ativismo judicial.

Um outro possível exemplo de atividade criadora de norma pelo STF são as súmulas vinculantes, previstas no artigo 103-A da Constituição Federal, que “consubstanciam comandos dirigidos aos órgãos administrativos e judiciários, para que interpretem determinada lei ou dispositivo legal (ou constitucional) ou adotem postura quanto à validade ou eficácia de determinada lei ou dispositivo legal de modo coerente com o entendimento sumulado”<sup>136</sup>.

A Constituição estabelece alguns pressupostos para edição da súmula vinculante, notadamente as exigências de que a matéria a ser nela tratada: (i) tenha sido objeto de reiteradas decisões da Corte Superior; (ii) constitua uma controvérsia atual entre órgãos do Judiciário ou entre estes e a Administração; e (iii) seja relevante

<sup>136</sup> RAMOS, ELIVAL DA SILVA, *Ativismo Judicial...*, cit., p. 312.

ao ponto de causar grave insegurança jurídica e possível aumento da demanda judicial sobre o assunto<sup>137</sup>. Além disso, o objeto de discussão na súmula deve ser a validade, a interpretação e a eficácia de uma determinada norma.

Trata-se, sem dúvidas, de ato de criação do direito pelo STF<sup>138</sup>, mas limitado pela específica disciplina constitucional, que tem por finalidade apenas a reprodução de um entendimento jurídico previamente estabelecido e consolidado na Suprema Corte para prevenir litígios e evitar a reprodução desenfreada de causas judiciais. Porém, se não forem atendidos esses pressupostos, a súmula vinculante implicará inovação indevida na ordem jurídica<sup>139</sup>.

Outra situação a merecer exame é sobre os efeitos da decisão proferida pelo STF em Mandado de Injunção (MI). De forma exemplificativa, no julgamento dos MIs n.ºs 670, 708 e 712, relacionadas à mora do Congresso na regulamentação do direito de greve dos servidores públicos, o STF editou a norma específica para o trato da matéria<sup>140</sup>, rompendo com a tradição de apenas cientificar o Legislativo para suprimento da omissão.

Questiona-se, então: a edição da norma pelo STF, no julgamento de mandado de injunção, é um exemplo de ativismo judicial? Não necessariamente.

O mandado de injunção, segundo forte pensamento doutrinário

137 Adverte ALEXANDRE DE MORAES que “a *controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre estes e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica* é requisito essencial para edição das *súmulas vinculantes*, deixando clara uma das finalidades dessa nova previsão constitucional, qual seja, a garantia da segurança jurídica, ao exigir a necessária discussão sobre os múltiplos argumentos jurídicos, antes de o Supremo Tribunal Federal editar uma súmula” (“As súmulas vinculantes no Brasil e a necessidade de limites ao ativismo judicial”, *In Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 127-128, grifo do autor).

138 Cf. ALMEIDA, FERNANDO DIAS MENEZES DE, “Súmula Vinculante”, *In MORAIS, CARLOS BLANCO DE e RAMOS, ELIVAL DA SILVA (coord.)*, *Perspectivas de Reforma da Justiça Constitucional em Portugal e no Brasil*, São Paulo, Almedina, 2012, p. 217-220.

139 Uma evidência clara desse tipo de irregularidade foi a edição da súmula vinculante n.º 11 pelo STF, em agosto de 2008, que disciplinou o uso de algemas pelas autoridades policiais. Independentemente do valor de seu conteúdo, à época de sua edição, não havia, como objeto de análise, uma norma específica que disciplinasse o tema, tampouco a discussão reiterada da questão na Corte Suprema.

140 Sobre o caso, explica DIRLEY DA CUNHA JÚNIOR que “em três mandados de injunção coletivos im- petrados por sindicatos de servidores públicos reivindicando para seus substituídos a viabilização do direito de greve do art. 37, VII, da Constituição, o STF, por maioria de votos, admitiu os pedidos *para garantir o imediato exercício do direito* em tela, segundo os critérios previstos na lei de greve do setor privado”, afirmando ainda se tratar de “uma louvável sinalização do Supremo Tribunal Federal pela efetividade da ação do mandado de injunção” (*Controle de Constitucionalidade ...*, cit., p. 151, grifo do autor).

rio<sup>141</sup>, constitui remédio constitucional que busca garantir concretamente o exercício de um direito fundamental violado pela omissão do Estado, cabendo ao Judiciário, para tanto, editar a norma regulamentadora essencial para fruição do direito reivindicado. Em tese, portanto, pode o juiz constitucional produzir a norma, sendo que o seu conteúdo é que revelará se foram ou não ultrapassados os contornos de legitimação do juiz constitucional, a depender da extensão e eficácia da norma produzida para além do caso objeto de julgamento.

No caso específico do MI relativo à greve dos servidores públicos, concorda-se com ELIVAL DA SILVA RAMOS, pelo qual a posição assumida pelo STF “não se descola da textualidade do dispositivo e encontra amparo no elemento sistemático (o princípio da máxima efetividade dos direitos e garantias fundamentais – art. 5º, § 1º da CF), não podendo, portanto, ser refutada por incidir em ativismo judicial, muito embora se revele menos favorável ao princípio da separação dos Poderes do que a diretriz concretista-subjetivista”<sup>142</sup>.

#### 4. O ATIVISMO JUDICIAL DO STF NO ÂMBITO DA REFORMA POLÍTICA

Anotadas as considerações teóricas acerca dos limites jurisdicionais do STF e de seu papel fundamental no Estado Constitucional brasileiro, importa agora registrar, de forma específica, algumas situações em que a Corte Suprema se posicionou a respeito da constitucionalidade de normas relativas à reforma política, de funcionamento do sistema eleitoral e partidário, que envolvem diretamente os interesses do Parlamento brasileiro.

O objetivo da análise é discutir criticamente se as decisões do STF constituem manifestações do ativismo judicial ou se se situam nos limites definidos pela Constituição para o desempenho do papel da Corte constitucional.

141 DIRLEY DA CUNHA JÚNIOR aponta diversos autores que se posicionam em tal sentido, como, por exemplo, JOSÉ AFONSO DA SILVA, SÉRGIO BERMUDEZ, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, LUÍS ROBERTO BARROSO, FLÁVIA PIOVESAN, JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, CLÉMERSON MERLIN CLÉVE (*Ibidem*, p. 147-149).

142 *Ativismo Judicial...*, cit., p. 318-310. Em sentido contrário, PAULO ADIB CASSEB afirma que o ativismo se verificou neste caso não apenas pela aplicação aos servidores públicos da Lei n.º 7.783/89, que regula a greve no setor privado, mas principalmente em razão das adaptações normativas efetuadas pelo STF para resolução concreta da causa. (“O ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal brasileiro: casos concretos”, *In* MORAIS, CARLOS BLANCO DE (coord.), *As Sentenças Intermédias da Justiça Constitucional*, Lisboa, AAFDL, 2009, p. 135)

Como método de apresentação, inicialmente se fará uma exposição resumida dos casos, dos argumentos jurídicos envolvidos e da decisão adotada<sup>143 144</sup>. Ao final, será exposta a conclusão sobre a ocorrência ou não de uma prática ativista, indicando, se for o caso, o(s) parâmetro(s) ultrapassado(s) pela Corte Suprema.

#### **4.1 INCONSTITUCIONALIDADE DE LEIS ELEITORAIS E O ATIVISMO JUDICIAL NA INTERPRETAÇÃO DE PRINCÍPIOS JURÍDICOS CONSTITUCIONAIS**

Inicia-se a apreciação casuística pela análise de decisões do STF que declararam a inconstitucionalidade de leis eleitorais com base em justificações embasadas em referências ao conteúdo e aplicação dos princípios jurídicos constitucionais.

##### **4.1.1 CLÁUSULAS DE BARREIRA OU DE DESEMPENHO DOS PARTIDOS POLÍTICOS**

As denominadas cláusulas de barreira ou de desempenho consistem em penalidades e limitações externas aos partidos políticos que não cumprem requisitos geralmente relacionados à obtenção de um percentual de votos em eleições ou à efetiva eleição de Deputados para o Congresso Nacional. Nesse propósito, diversas leis foram editadas pelo Parlamento que tinham, em verdade, o objetivo principal de reduzir o exagerado número de partidos no Brasil, por se tratar de uma situação prejudicial à governabilidade e que cria distorções no funcionamento do sistema partidário e eleitoral.

---

143 Em que pese relevante, a temática da *verticalização* das coligações partidárias não será objeto de análise porque o STF não conheceu das ADIs n.ºs 2.626 e 2.628 (Rel. Min. SIDNEY SANCHES, rel. para o acórdão Min. ELLEN GRACIE, decisões de 18/04/2002), que impugnavam a Resolução TSE n.º 20.993/02, que vedou, a partir das eleições de 2002, as coligações entre partidos com candidatos distintos ao cargo de Presidente da República. O STF apontou, com a devida fundamentação, o descabimento do controle de constitucionalidade de ato interpretativo, não havendo, assim, decisão de mérito sobre a constitucionalidade da norma do TSE. Ainda sobre o tema, também não se visualiza a prática do ativismo na decisão do STF na ADI n.º 3.685 (Rel. Min. ELLEN GRACIE, acórdão de 22/03/2006) porque, nesta demanda, apenas se impediu a vigência da EC n.º 52/2006 (que afastou a exigência da verticalização para as eleições de 2006), por infração ao princípio da anualidade eleitoral, numa interpretação adequada e razoável do art. 16 da CF-88.

144 Registre-se também que não se fará um comentário crítico sobre o MS n.º 22.972, no qual se avaliava a possibilidade de o Parlamento discutir a alteração do regime político no Brasil (a despeito da rejeição desse sistema no plebiscito ocorrido em 1993), uma vez que, em decisão proferida em 08/06/2018, o processo foi extinto sem resolução de mérito pelo Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES. Apenas a título de opinião do autor, entende-se ser possível permitir a renovação da discussão do tema pelo Congresso Nacional, com a ressalva de que eventual proposta legislativa em prol do parlamentarismo deve observar, para sua legitimação, a necessidade de obter a aprovação popular, preferencialmente através de novo plebiscito.

As mencionadas leis foram objeto de ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs) intentadas por partidos políticos supostamente prejudicados, sendo as normas, em geral, declaradas inconstitucionais pelo STF, com e sem redução de texto, bem como, num dos casos, foi efetuada a interpretação conforme a Constituição. Veja-se a síntese dos atos normativos impugnados, dos processos judiciais instaurados e das conclusões do STF:

(i) os §§ 1º e 2º, e seus incisos I, II e III, do artigo 5º, da Lei n.º 8.713/93 foram declarados inconstitucionais no julgamento da ADI n.º 958, proposta em 13/10/1993 e decidida em 11/05/1994, Rel. Min. MARCO AURÉLIO;

(ii) os artigos 13 e 48, os incisos I e II do artigo 41 e trechos dos artigos 41 e 49, todos da Lei n.º 9.096/95, foram julgados inconstitucionais, bem assim declarada a inconstitucionalidade sem redução do texto do *caput* dos seus artigos 56 e 57, nas ADIs n.º 1.351 e 1.354, propostas em 28/09/1995 e 06/10/1995, respectivamente, e julgadas em conjunto em 07/12/2006<sup>145</sup>, ambas do Rel. Min. MARCO AURÉLIO;

(iii) trecho do § 2º do artigo 47 da Lei n.º 9.504/97 foi declarado inconstitucional e foi dada interpretação conforme à Constituição ao inciso II do § 2º do mesmo artigo, nas ADIs n.ºs 4.430 e 4.795, propostas em 14/06/2010 e 11/06/2012, respectivamente, e julgadas em 29/06/2012<sup>146</sup>, ambas do Rel. Min. DIAS TOFFOLI; e

145 Explica SÉRGIO POMPEU DE FREITAS CAMPOS, que “no início de 1996, o Tribunal julgou – e, por unanimidade de votos, indeferiu – o pedido de medida cautelar na ADI n.º 1.354”, mas que “em fins de 2006, ou seja, mais de 10 anos depois, porém, quando resolveu julgar definitivamente as referidas ações, às vésperas da vigência das normas permanentes da Lei dos Partidos Políticos que estabeleciam cláusulas de barreira, notadamente no julgamento do mérito da ADI n.º 1.351, o STF decidiu em sentido oposto, declarando a inconstitucionalidade das referidas disposições.” (“Legislativo e Judiciário na Reforma Política: divergências sobre a cláusula de barreira”, *In* RESENDE, ANTÔNIO JOSÉ CALHAU DE, BERNARDES JÚNIOR, JOSÉ ALCIONE (org.), Temas de Direito Parlamentar, 1ª ed., Belo Horizonte, Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2016, p. 246-248).

146 Também registra SÉRGIO POMPEU DE FREITAS CAMPOS que “O Tribunal julgou, então, essas ações, declarando a inconstitucionalidade da exclusão dos partidos sem representação na Câmara dos Deputados da divisão do tempo de propaganda eleitoral no rádio e na televisão; e, ainda, a inconstitucionalidade da exclusão de novos partidos que não tenham participado de eleições gerais da divisão do tempo de propaganda eleitoral proporcional à representação na mesma Casa Legislativa.” (*Ibidem*, p. 253.)

(iv) os artigos 1º e 2º da Lei n.º 12.875/13, que alterou os artigos 29, § 6º e 41-A da Lei n.º 9.096/95, e o artigo 47, §§ 2º e 7º da Lei n.º 9.504/97, foram julgados inconstitucionais no âmbito da ADI n.º 5.105, proposta em 31/03/2014 e julgada em 01/10/2015, Rel. Min. Luiz Fux.

De modo geral, as normas impugnadas estabeleciam que o descumprimento dos requisitos de representatividade acarretaria os seguintes óbices ao funcionamento parlamentar: (i) o impedimento de apresentar candidatos nas eleições; (ii) limitações no acesso ao “direito de antena”, ou seja, à propaganda partidária e eleitoral gratuita no rádio e na televisão; e (iii) limites no recebimento de recursos financeiros oriundo do Fundo Partidário.

No âmbito do STF, os fundamentos jurídicos que sufragaram a inconstitucionalidade das restrições podem ser assim resumidos: (i) consagração no artigo 1º, inciso V, da CF-88, do fundamento do pluralismo político e da representação de todos os segmentos sociais; (ii) ofensa ao princípio da autonomia partidária contido no *caput* e no § 1º do artigo 17, da Constituição; (iii) a CF-88 não repetiu a regra limitadora do funcionamento parlamentar prevista na Carta de 1967 e em alterações posteriores; (iv) infração ao princípio democrático, considerando que a diminuição do número de partidos reduziria o número de possíveis candidatos, em razão da exigência de filiação partidária; (v) ofensa ao princípio da igualdade de tratamento ou de chances entre os partidos políticos, especialmente em razão da vedação de acesso à propaganda partidária e eleitoral gratuita; e (vi) desatendimento dos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade, considerando a gravidade das sanções aplicadas aos partidos políticos que não atendessem às cláusulas de desempenho.

Questiona-se: estas decisões do STF podem ser consideradas ativismo judicial?

O primeiro critério ensaiado nesse artigo para definição do ativismo é o da afetação ao princípio da separação dos poderes pela atuação do Judiciário no âmbito das *questões políticas*. Nos casos em exame, não obstante o forte conteúdo político das matérias, não se pode dizer que a temática seria insindicável pelo Judiciário, por duas razões.

Primeiro porque a Constituição Federal consagrou o direito de os partidos políticos obterem recursos do fundo partidário e acessarem gratuitamente o rádio e a televisão, para difusão de suas propagandas partidárias. Desta forma, mesmo que relegada a disciplina do tema à legislação ordinária, fato é que o direito foi reconhecido constitucionalmente, sendo plenamente possível discutir a legitimidade das restrições estabelecidas na lei. O segundo motivo é que as aludidas cláusulas de barreira afetaram direitos e interesses individuais e coletivos, de partidos políticos e candidatos, sendo imprescindível a apreciação judicial, até para saber se houve o sacrifício total do direito de funcionamento dos partidos prejudicados.

Não se tratando de uma *questão política*<sup>147</sup> e, também, não se podendo cogitar de uma argumentação jurídica defeituosa ou da criação do direito pelo STF, a discussão a ser enfrentada diz respeito a saber se a concretização dos princípios jurídicos, através da técnica da ponderação, obedeceu aos critérios próprios da interpretação constitucional. Relembre-se ainda que a mera perspectiva de discordância de parte ou da totalidade dos argumentos expostos pelo STF não é relevante porque, como apontado, para identificar o ativismo judicial, não basta apresentar argumentos que contradigam a tese do julgado, mas, principalmente, deve-se registrar os limites interpretativos que foram ultrapassados.

Consideradas estas premissas, com exceção da decisão proferida na ADI n.º 958<sup>148</sup>, restou configurada a prática do ativismo judicial nas mencionadas deliberações do STF sobre a inconstitucionalidade das cláusulas de barreira aos partidos políticos, em decorrência, principalmente, da expansão indevida do sentido dos princípios constitucionais e, em certa medida, pelo desacerto da apreensão da realidade fática para aplicação das normas eleitorais.

---

147 Observe-se que o STF, ao não conhecer da ADI n.º 1.822 (Rel. Min. MOREIRA ALVES, acórdão de 26/06/1998), que também impugnava cláusulas de barreira de partidos políticos (algumas das normas inclusive objeto das ADIs n.ºs 4.430 e 4.795), assim o fez não por entender que a matéria fosse uma *questão política*, mas porque a solução da controvérsia exigia uma postura de *legislador positivo*, situação vedada no controle de constitucionalidade.

148 Nesta ação, em que pese também tenham sido valorados em demasia alguns princípios constitucionais, não se pode dizer que houve ativismo judicial porque a alteração legislativa declarada inconstitucional se tratava de um absurdo casuísmo, uma vez que relacionava o impedimento de registro de candidatos para as eleições de 1994 aos resultados eleitorais do pleito de 1990, ou seja, a dados fáticos já existentes e conhecidos do Legislador, configurando nítida e eloquente infração ao princípio da igualdade.

Como dito, a fundamentação do STF se baseou essencialmente na interpretação dos princípios constitucionais do pluralismo político, da liberdade de criação dos partidos políticos, da autonomia partidária, do regime democrático, da igualdade e dos postulados da razoabilidade e proporcionalidade, porquanto inexistentes na Constituição regras específicas a disciplinar as limitações ao funcionamento dos partidos. Assim, o paradigma interpretativo tradicional restou prescindível pela pouca utilidade dos elementos clássicos da interpretação, abrindo-se espaço para a atividade de ponderação do conflito entre os aludidos princípios e o do caráter nacional dos partidos políticos, que exige a contínua representatividade dos órgãos partidários.

Nessa tarefa de ponderação, depois de contextualizar genericamente o conteúdo semântico dos princípios, entendeu o STF que as limitações ao funcionamento parlamentar seriam prejudiciais ao próprio Estado Democrático de Direito, pois impediriam que as minorias sociais fossem devidamente representadas politicamente. Apostaram na ideia de que a vedação às cláusulas de barreira permitiria uma participação maior dos diversos setores da sociedade, que passariam a ser ouvidos no Parlamento nacional, sendo certo, contudo, que tal suposição não se verificou na realidade, haja vista, notadamente, o grau de degradação política por que passa a maioria dos partidos políticos existentes no Brasil.

Não obstante a eloquência na defesa dos valores constitucionais pelos Ministros do STF, essa espécie de argumentação principiológica deveria ter sido evitada, uma vez que, dada a elevada densidade política das normas, é prudente admitir o Parlamento como o Poder mais legitimado para o acertamento da matéria. Com efeito, levando em conta as repercussões políticas e sociais das regras, caberia ao Judiciário adotar uma postura de deferência às opções construídas pelo Congresso, até porque todas elas eram plenamente defensáveis juridicamente, considerando especialmente que o princípio da isonomia, em sua dimensão material, permite o tratamento diferenciado dos partidos em razão de sua representatividade política<sup>149</sup>.

149 Veja-se, a propósito, a percutiente e lapidar anotação do Min. EDSON FACHIN, em voto na ADI n.º 5.105: **“Por fim, ainda que descartados os argumentos anteriores, remanesce a seguinte indagação: se há posições igualmente respeitáveis (sob o ponto de vista jurídico) quanto ao direito ou à garantia que deve preponderar nessa análise: se o direito de igualdade material entre**

Também releva apontar que, no julgamento das ADIs n.ºs 1.351 e 1.354, o Rel. Min. MARCO AURÉLIO procurou avaliar o resultado da decisão com sua repercussão na realidade, apontando os partidos políticos que seriam prejudicados pela novel legislação<sup>150</sup>. Sucede que o julgador não fez uso adequado do método interpretativo concretizador, tratando-se apenas de um casuismo explícito e que não observou a circunstância de a Lei n.º 9.096/95 ter postergado o início de vigência das citadas regras para as eleições de 2006<sup>151</sup>, portanto, sem qualquer alusão a certames eleitorais ocorridos anteriormente. A aludida verificação da realidade social sobre a qual a norma iria incidir não se mostrou apta para justificar a apontada inconstitucionalidade.

Por essas razões, o Poder Legislativo ensaiou um *ouerruling* ao editar a Lei n.º 12.875/13 logo após o julgamento pelo STF das ADIs n.ºs 4.430 e 4.795, estabelecendo novas regras que contrariaram diretamente a interpretação da Corte Suprema. Tal questão foi inclusive objeto de análise quando do julgamento da ADI n.º 5.105, em que se apontou a ausência de fundamentação idônea do Parlamento a justificar a superação dos argumentos delineados pelo STF<sup>152</sup>. Observe-se, porém, que o resultado do julgamento os partidos criados, fundidos ou incorporados, por força do caput do art. 17, CF ou o que prestigia o sistema político partidário, a fidelidade partidária (§1º do art. 17, CF), a partir da compreensão do direito dos partidos constituídos às cadeiras por ele conquistadas nas eleições proporcionais e cujo ocupante migra para outra agremiação – e se a Constituição atribuiu a tarefa de regulamentar o §3º do artigo 17 (que trata da divisão do tempo de antena e acesso aos recursos do fundo partidário) à lei, como poderia a Suprema Corte declarar a inconstitucionalidade da opção do Legislativo se ela não é teratológica, mas decorre de escolhas válidas em termos constitucionais (tão válidas que sufragadas pela própria Corte em tempos muito recentes sem que tenha havido alteração na base fática ou normativa) ainda que não reflitam a posição mais moderna (mas não unânime da Corte)? Pode o Judiciário sobrepor-se a escolhas válidas de competência do Legislativo? Nesse caso, parece-me adequado, do que até aqui se viu, que a Corte exercite a autocontenção.” (grifos no original)

150 Leia-se o trecho do voto do Relator, sobre a questão: “Sem normas e fatos não há julgamento. Pois bem, qual foi o desempenho desses partidos, considerada a votação para preenchimento das cadeiras da Câmara dos Deputados, nas eleições últimas? Dos vinte e nove partidos existentes, apenas sete alcançaram e suplantaram o patamar de cinco por cento dos votos para a Câmara dos Deputados em todo o território nacional, distribuídos de tal forma a perfazer pelo menos dois por cento em cada qual de nove Estados”. Em contraponto, a lúcida e contundente crítica apresentada por SÉRGIO POMPEU DE FREITAS CAMPOS: “É interessante observar, nesse diapasão, como o STF comporta-se de forma similar à que condena no legislador. Assim, se, na ADI n.º 958, o Tribunal censurou a definição da cláusula de barreira na Lei n.º 8.713/93, porque baseada em dados eleitorais conhecidos, o STF só julgou a ADI n.º 1.351 após conhecer o resultado eleitoral que determinaria os efeitos da cláusula da Lei dos Partidos Políticos.” (“Legislativo e Judiciário na Reforma Política ...”, cit. p. 34).

151 Conforme dispôs a regra de transição estabelecida no artigo 57 da Lei n.º 9.096/95.

152 Vide item 7 da ementa do julgado: “O Congresso Nacional, no caso *sub examine*, ao editar a Lei n.º 12.875/2013, não apresentou, em suas justificações, qualquer argumentação idônea a superar os fundamentos assentados pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento das ADIs n.º

dessa ADI foi de uma maioria mínima de um voto, já contendo posicionamentos de Ministros do STF a demonstrar uma alteração de entendimento sobre a temática da cláusula de desempenho dos partidos políticos.

Ainda como reação, o Congresso Nacional promulgou a Emenda Constitucional n.º 97, de 04/10/2017, inserindo na própria Constituição Federal algumas regras limitadoras do acesso, pelos partidos políticos, a recursos do fundo partidário e ao rádio e à televisão. Houve, assim, a constitucionalização de normas que, a rigor, deveriam ser tratadas pela legislação ordinária, demonstrando, portanto, mais uma postura reativa do Legislativo às posições até então assumidas pelo STF, situação que também reforça o posicionamento sobre a configuração de ativismo judicial nas decisões que declararam a inconstitucionalidade das cláusulas de barreira ou de desempenho dos partidos políticos.

#### **4.1.2 DOAÇÃO DE PESSOA JURÍDICA À CAMPANHA ELEITORAL**

A temática relativa às doações feitas por pessoas jurídicas à campanha eleitoral foi objeto da ADI n.º 4.650, ajuizada pela OAB, em 05/09/2011, em que se apontou a inconstitucionalidade de regras das Leis n.ºs 9.504/1997 e 9.096/1995, que permitiam referidas doações a partidos e a candidatos eletivos.

Sob a relatoria do Min. Luiz Fux, em julgamento concluído em 17/09/2015, o STF julgou procedente a ação de inconstitucionalidade e vedou, a partir das eleições de 2016, que as campanhas eleitorais obtivessem recursos de pessoas jurídicas. Posteriormente, em razão dessa decisão, o Congresso Nacional editou a Lei n.º 13.165, de 29/09/2015, extirpando as regras que permitiam as doações de empresas a partidos ou candidatos.

A deliberação do STF também se baseou na interpretação do alcance de princípios constitucionais, uma vez que a Constituição não dispunha de um regramento específico sobre o financiamento de partidos políticos e das campanhas eleitorais. Entendeu-se, em resumo, que o processo eleitoral dependente do poder econômico

---

4430 e n.º 4795, Rel. Min. Dias Toffoli, em que restou consignado que o art. 17 da Constituição de 1988 – que consagra o direito político fundamental da liberdade de criação de partidos – tutela, de igual modo, as agremiações que tenham representação no Congresso Nacional, sendo irrelevante perquirir se esta representatividade resulta, ou não, da criação de nova legenda no curso da legislação.”

constituiria infração aos seguintes princípios: (i) da cidadania, uma vez que as pessoas jurídicas são ficções legais e não cidadãos; (ii) da igualdade, visto que o regime de financiamento favorece o poder econômico dos mais ricos, com prejuízo aos eleitores e aos candidatos mais pobres; (iii) da democracia e República, que imporiam o trato regular da coisa pública em detrimento de interesses particulares.

O presente caso se assemelha ao das cláusulas de barreira dos partidos políticos, podendo-se concluir que, mesmo admitindo que o tema da vedação das doações de pessoas jurídicas detenha uma maior legitimidade perante a sociedade e a decisão do STF tenha sido mais bem apurada na fundamentação, ainda assim houve a prática do ativismo judicial, em razão da indevida interpretação extensiva dos princípios constitucionais e da não observância de limites substanciais ao controle normativo constitucional.

Inicialmente, importa dizer que não se trata a temática de *questão política*. Essa alegação, inclusive, foi apontada nas informações prestadas pelos Presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, mas devidamente rejeitada pelo STF, ao argumento de que apenas se estava fazendo o controle de constitucionalidade das leis, tarefa que cabe ao guardião da Constituição. Além disso, mesmo sem um disciplinamento do tema na Carta Magna, há uma estrutura de princípios jurídicos que disciplinam o regime democrático e mostra-se possível e necessário que o Judiciário verifique a compatibilidade da legislação com as referidas normas.

Vê-se também que, diferentemente dos julgados anteriormente analisados, na apreciação das doações de pessoas jurídicas às campanhas eleitorais, o STF avaliou corretamente a realidade circundante e a repercussão danosa que a permissão dessas doações provocava ao processo político brasileiro, seguindo-se o método concretizador da interpretação. Inclusive, foram anotadas no acórdão as referências à crise de representatividade política, evidenciadas pelo ambiente de operações policiais que demonstraram a espúria troca de favores entre as doações a partidos e candidatos e os benefícios governamentais a particulares, em detrimento do Estado brasileiro<sup>153</sup>.

153 Ademais, como aponta SÉRGIO POMPEU DE FREITAS CAMPOS, é fato conhecido que “as principais crises no governo federal brasileiro no século corrente, decorrentes de propalados escândalos de corrupção, têm relação com o financiamento de partidos políticos” (“Legislativo e Judiciário ...”, cit., p. 237).

Também não se pode imputar ao STF o desconhecimento de dados fáticos e informações gerais relevantes para a tomada de posição, posto que, na instrução processual da ação direta de inconstitucionalidade, houve a realização de audiência pública com a finalidade de “ouvir especialistas, cientistas políticos, juristas, membros da classe política e entidades da sociedade civil organizada sobre a dinâmica do financiamento das campanhas eleitorais”<sup>154</sup>. Dessa forma, pode-se dizer que foi observada a teoria das *capacidades institucionais*, se ocupando o STF em conhecer detalhes específicos sobre o tema antes de decidir.

No entanto, malgrado a positiva preocupação do STF em se ater à realidade histórica e de se informar mais amiúde sobre o complexo tema a ser decidido, incidiu o julgador no mesmo equívoco da apreciação das cláusulas de barreira, ao sustentar que determinados princípios constitucionais imporiam uma formatação diferente para um conjunto de regras políticas, sem se apontar, de modo preciso, a efetiva incompatibilidade desse modelo com a Constituição. Nesse sentido, mostrou-se exagerado aduzir que a defesa do princípio democrático implicaria, necessariamente, a vedação da doação de pessoa jurídica à campanha eleitoral, até porque inexistente uma relação lógico-racional em vincular a condição de cidadão à possibilidade de aportar recursos na campanha eleitoral, eis que, se praticada sem abusos e nos limites adequados, as doações das empresas em nada afetam a essência do regime democrático<sup>155</sup>.

O que poderia ter feito o STF, sem o desrespeito à competência jurisdicional e aos cânones interpretativos da unidade da Constituição e da separação dos poderes, seria apenas ampliar, com a finalidade de prevenção dos abusos, determinadas restrições às doações de pessoas jurídicas, através das técnicas de interpretação conforme ou da declaração de inconstitucionalidade parcial qualitativa sem redução do texto. Essa, inclusive, foi a proposta apresentada no voto do Min. TEORI ZAVASCKI, que vedava a doação à

154 Fonte: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=234544>, acesso em 11/09/2018.

155 Foi o que apontou o Min. CELSO DE MELLO no seguinte trecho de seu voto: “**O que** a Constituição da República **não** tolera **nem** admite **é o abuso** do poder econômico; **não, porém**, o seu **regular** exercício, cuja atuação **não provoca** os efeitos perversos – **e deslegitimadores** dos resultados eleitorais – **que decorrem** dos excessos que, **efetivamente, devem** ser coibidos.” (grifos no original)

campanha eleitoral de pessoas jurídicas que mantivessem vínculos com o Estado, impedia a celebração de contratos públicos com as doadoras e limitava as doações de uma empresa a um só partido ou candidato.

Um outro argumento sustentado pelo STF foi o de que se fazia necessária sua intervenção para salvaguarda dos pressupostos democráticos, já que o Parlamento teria interesse na manutenção do sistema deletério das doações de pessoas jurídicas<sup>156</sup>. Em que pese com certa razão, percebe-se neste fundamento um desvio do exercício da atividade judiciária, porquanto adentra num campo de apuração das percepções sociais e políticas, próprio do corpo Legislativo. Além disso, a assertiva parece não ser verdadeira, eis que a sociedade dispõe de meios políticos para alcançar as alterações legislativas que entenda adequadas, especialmente através da iniciativa popular de projetos de lei, como ocorreu no caso da Lei da Ficha Limpa.

Percebe-se, da leitura do acórdão, em verdade, o enunciar de posições pessoais de alguns dos Ministros que se utilizaram da jurisdição constitucional para estabelecer seus modelos ideais do sistema político-partidário, extraindo sentidos normativos impositivos de serem obtidos da leitura e conformação dos princípios jurídicos avaliados, não se preocupando, pois, com as limitações do Judiciário em tal esfera de atuação. Por mais que não se simpatize com o modelo de financiamento, ou se prefira um outro, a ideia da separação de poderes não autoriza que o Judiciário invalide opções editadas pelo Parlamento e autorizadas pela Constituição.

Como repercussão negativa da decisão do STF, ao se vedar terminantemente a doação de pessoas jurídicas às campanhas eleitorais, a alternativa (ou reação) do Parlamento para contornar a ausência de recursos financeiros nas eleições foi a edição de um novo marco legislativo (Lei n.º 13.487/17), que previu a criação do Fundo Especial de Financiamento de Campanha, com a utilização

---

156 Assim se pronunciou o Rel. Min. Luiz Fux: "Com efeito, não raro se vislumbram hipóteses em que se exige uma postura mais *incisiva* da Suprema Corte, especialmente para salvaguardar os pressupostos do regime democrático. Em tais cenários, diagnosticado o inadequado funcionamento das instituições, é dever da Corte Constitucional *otimizar e aperfeiçoar* o processo democrático, de sorte (i) a *corrigir* as patologias que desvirtuem o sistema representativo, máxime quando obstruam as vias de expressão e os canais de participação política, e (ii) a *proteger* os interesses e direitos dos grupos políticos minoritários, cujas demandas dificilmente encontram eco nas deliberações majoritárias." (grifos no original)

de dinheiro público para o custeio das campanhas eleitorais, em detrimento das mais diversas necessidades de que sofrem os cidadãos. Se essa alternativa é adequada ou não, é uma questão a ser discutida em outro estudo, mas, sem dúvidas alguma, esse novo modelo decorreu essencialmente da deliberação do STF que invadiu uma seara que não lhe é própria, de moldar as regras do sistema político eleitoral.

Em conclusão, embora a decisão da Suprema Corte possa ser elogiável do ponto de vista político e social, é certo que houve a invalidação de normas do Legislativo através de errôneos critérios interpretativos, notadamente a exagerada densificação de princípios constitucionais e o desrespeito ao princípio hermenêutico da separação dos poderes. O juiz constitucional excedeu seu feixe de competências porque, em vez de apenas determinar ajustes visando a corrigir defeitos pontuais do sistema, procedeu à nulificação definitiva de um modelo de financiamento que encontrava amparo justificável na Constituição Federal.

#### **4.2 CASSAÇÃO DE MANDATO DO PARLAMENTAR PELA JUSTIÇA ELEITORAL**

A possibilidade de cassação do mandato de Deputados Federais e Senadores é um tema extremamente sensível no desenho institucional do princípio da separação dos poderes e, por essa razão, sua disciplina é de natureza estritamente constitucional. Uma das hipóteses de cabimento da perda do mandato dos congressistas, definida no artigo 55 da Carta Magna, ocorre “quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição”.

Assim, ao menos no plano jurídico-constitucional, admite-se que a Justiça Eleitoral possa decretar a cassação do mandato de um Deputado Federal ou de Senador, devendo-se perquirir, contudo, em quais situações essa providência será admissível, que devem ser estabelecidas na própria Constituição. Analisam-se a seguir duas situações em que o STF validou a atuação da Justiça Eleitoral no julgamento de ações de cassação de mandato eleitoral para o fim de avaliar se as decisões são (ou não) exemplos de ativismo judicial.

#### **4.2.1 PRÁTICA DE ILÍCITOS ELEITORAIS: A ADEQUADA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL**

No julgamento das ADIs n.ºs 3.305<sup>157</sup> (Rel. Min. EROS GRAU, de 13/09/06) e 3.592<sup>158</sup> (Rel. Min. GILMAR MENDES, de 26/10/06), o STF apreciou a imputação de inconstitucionalidade dos artigos 77 e 41-A da Lei n.º 9.504/97, respectivamente, que impõem a penalidade de cassação de mandato em decorrência da prática de atos ilícitos eleitorais.

De forma semelhante em ambas as ações, os vícios de inconstitucionalidade eram embasados nos seguintes argumentos: (i) as disposições constituiriam causas de inelegibilidade estabelecidas por lei ordinária, quando a Constituição exige a edição de lei complementar; (ii) a Constituição prevê um procedimento especial para apuração do abuso do poder econômico e o seu tratamento por lei ordinária incorreria em inconstitucionalidade material; e (iii) a regra do artigo 77 da Lei n.º 9.504/97 ofenderia o princípio da igualdade porque se dirige exclusivamente aos candidatos a cargos do Poder Executivo e não aos do Legislativo.

Nas decisões, o STF julgou constitucionais os atos normativos, aduzindo que as sanções estabelecidas não configuram novas hipóteses de inelegibilidades, mas apenas uma punição em decorrência da prática de atos irregulares, e que as representações eleitorais que visam a apurar os ilícitos objetivam prevenir abusos e resguardar a vontade do eleitor, notadamente considerando o *caput* do artigo 14 da Constituição, pelo qual “a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos”. Também se destacou a ausência de afronta ao princípio da igualdade na regra do artigo 77 da Lei n.º 9.504/97, porquanto justificado o tratamento mais rigoroso aos candidatos ao Executivo, já que eles é que detêm a prerrogativa de autorizar a realização de obras públicas.

Nas situações ora descritas, não há que se cogitar minimante da incidência do ativismo judicial pelo STF. Primeiro porque existe uma base constitucional sólida a prever, genericamente, que a Justiça Eleitoral pode decretar a perda de mandato dos congressistas,

157 Proposta pelo Partido Liberal - PL em 16/09/2004 e julgada improcedente em 13/09/2006.

158 Ajuizada pelo Partido Socialista Brasileiro - PSB em 27/09/2005 e julgada improcedente em 26/10/2006.

nos casos em que a própria Carta Magna especificar. Segundo porque, ao examinar a compatibilidade material entre a pena de cassação de mandato em razão da prática de ilícitos eleitorais e o regramento constitucional, o STF destacou que o artigo 77 da Lei n.º 9.504/97 “homenageia o princípio da impessoalidade, um eminente princípio republicano que postula a distinção nítida entre o espaço público e o espaço privado”<sup>159</sup>, previsto no *caput* do artigo 37 da Constituição, e que ambas as disposições também estão embasadas no *caput* do artigo 14 da Carta Magna, interpretado extensivamente para nele incluir a proteção do *voto livre*<sup>160</sup>, consequência lógica e inafastável da defesa que a Constituição já faz ao voto direto e secreto.

De igual modo, o STF destacou a plena conformação das normas ao princípio da igualdade, uma vez que a legislação apreciada bem destacou as consequências jurídicas para aqueles que praticarem atos ilícitos durante o processo eleitoral em franco prejuízo contra os demais candidatos que agiram na conformidade da lei. Por fim, também acertou o STF ao concluir, nos julgados, que não há coincidência ontológica entre a inelegibilidade, que é o impedimento para futuras candidaturas, e a cassação de um mandato conquistado numa eleição, que ocorre em razão de práticas ilícitas que afrontaram o direito constitucional do voto direto, livre e secreto.

Vê-se, portanto, que os casos abordados nas duas ADIs foram solucionados através, principalmente, da interpretação de princípios jurídicos, que fora realizada de acordo com os contornos da teoria da hermenêutica constitucional. O conteúdo normativo e a função explícita dos princípios constitucionais utilizados pelo STF demonstram o valor constitucional da preservação da vontade livre do eleitor e da necessidade de punir os candidatos eleitos que se beneficiaram de vínculos particulares com a Administração Pública ou da captação indevida de votos, mediante a entrega de vantagens aos eleitores.

159 Trecho do voto-vista do Min. CARLOS AYRES BRITTO no julgamento da ADI n.º 3.305.

160 Conforme apontado em voto-vista do Min. GILMAR MENDES na ADI n.º 3.305.

#### **4.2.2 INFIDELIDADE PARTIDÁRIA: O ATIVISMO JUDICIAL PELA CRIAÇÃO DO DIREITO**

O exemplo apontado no tópico anterior, em que pese não constitua ativismo judicial, serve como parâmetro de análise para apreciação de outra deliberação do STF, esta sim uma clara manifestação do ativismo, em que se permitiu à Justiça Eleitoral cassar mandato de membros do Parlamento eleitos pelo sistema proporcional<sup>161</sup>, em razão de ato de desfiliação partidária sem justa causa, atuando o juiz constitucional fora dos limites definidos na Constituição. Houve, nesse caso, a edição de uma sentença normativa pelo STF, que atuou indevidamente na qualidade de legislador positivo, criando uma norma geral e abstrata.

A problemática foi iniciada a partir da decisão do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), em 27/03/2007, no processo de Consulta n.º 1.398, Rel. Min. CÉSAR ASFOR ROCHA, em que se respondeu afirmativamente à seguinte questão formulada pelo Partido da Frente Liberal (PFL): “Os partidos e coligações têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema proporcional, quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda?”.

O TSE apresentou, entre outros, os seguintes fundamentos para a decisão: (i) o mandato eletivo pertence ao partido, que evidou esforços para garantir a eleição de seus candidatos; (ii) no cotejo entre os bens e valores conflitantes, prevalecem os princípios constitucionais que tratam das normas de organização dos partidos políticos; (iii) e o sentido normativo de algumas das disposições constitucionais: o artigo 17, § 1º da Carta Magna determina a fidelidade partidária como norma a reger os partidos políticos; o artigo 45 estatui o sistema proporcional nas eleições; o artigo 14 prevê o direito do eleitor a ser respeitado o seu voto; e o artigo 17, inciso IV, garante o direito de o partido funcionar no Parlamento.

Em razão da decisão do TSE, os partidos Popular Socialista (PPS), da Social Democracia do Brasil (PSDB) e o Democratas (DEM) impetraram, no STF, os Mandados de Segurança (MS) n.ºs 26.602 (Rel. Min. EROS GRAU), 26.603 (Rel. Min. CELSO DE MELLO) e 26.604 (Rel. Min. CARMEN LÚCIA), respectivamente, contra atos

<sup>161</sup> Depois de forte controvérsia, o STF decidiu, em 27/05/2015, na ADI n.º 5.081 (Rel. Min. ROBERTO BARROSO), que o instituto da fidelidade partidária tem seus efeitos limitados aos cargos eletivos do sistema proporcional, ou seja, aos Deputados Federais, Estaduais e Distritais e aos Vereadores.

praticados pelo Presidente da Câmara dos Deputados que indeferira requerimentos de posse para os suplentes de Deputados que abandonaram as citadas legendas.

No julgamento dos Mandados de Segurança, realizado em conjunto no dia 04/10/2007, o STF ratificou o entendimento do TSE de que o mandato pertence ao partido e que deve o eleito guardarlhe fidelidade, sob pena de perda do cargo. Consignou, ainda, a possibilidade extraordinária de, ao interpretar a Constituição, poder o STF reformulá-la, o que seria um de seus papéis fundamentais. Também se aduziu que a perda do mandato não constituiria sanção, mas apenas a consequência da prática de um ato lícito e, por fim, que o instituto da fidelidade partidária começou a vigorar a partir da resposta do TSE à Consulta n.º 1398, em 27/03/2007. Forte nesses argumentos, o STF decidiu pelo indeferimento do pedido formulado nos Mandados de Segurança n.ºs 26.602 e 26.603 (em razão da data da desfiliação anterior a 27/03/2017) e pelo deferimento parcial do pedido do mandado n.º 26.604, para que a questão relacionada a uma congressista, que havia se desfiliado do DEM após a resposta do TSE à Consulta n.º 1.398, fosse encaminhada pelo Presidente da Câmara dos Deputados para deliberação do TSE.

Na sequência dessas decisões da Suprema Corte, o TSE editou a Resolução n.º 22.610, de 25/10/2007, para regular o processamento da representação eleitoral que visasse à perda do cargo eletivo por ato de infidelidade partidária. Contra esse ato normativo, contudo, foram ajuizadas as ADIs n.ºs 3.999, pelo Partido Social Cristão (PSC), e 4.086, pelo Procurador-Geral da República, nas quais se pediu a declaração de inconstitucionalidade da mencionada Resolução, argumentando essencialmente que o TSE legislou sobre direito processual, temática de competência privativa da União.

Os processos foram apensados sob a relatoria do Min. JOAQUIM BARBOSA e, em 12/11/2008, decidiu-se pela constitucionalidade da norma editada pelo TSE, ao fundamento de que, no julgamento dos citados Mandados de Segurança, o STF já havia fixado a possibilidade da perda de cargo decorrente da desfiliação partidária sem justa causa e que, portanto, caberia ao TSE regulamentar a matéria enquanto omissis o Poder Legislativo nessa tarefa.

Descrita a situação fática e jurídica, a sua apreciação crítica

será feita em razão, notadamente, da posição do STF no julgamento dos Mandados de Segurança, nos quais constam os fundamentos constitucionais adotados para validar a cassação de mandato por ato de infidelidade partidária. A decisão nas ADIs n.ºs 3.999 e 4.086 revela-se mais como uma consequência do que fora decidido nos Mandados de Segurança, em que pese também contenha graves irregularidades a ensejar, ainda mais, a configuração do ativismo judicial<sup>162</sup>.

Os limites que foram ultrapassados para incidência do ativismo judicial, na situação em apreço, dizem respeito à interpretação indevida do sentido normativo de princípios jurídicos (democrático, eleição proporcional, representação popular); à ocorrência de mutação inconstitucional; e, principalmente, à inovação na ordem jurídica pelo STF, com a imposição de hipótese de perda do mandato eleitoral não prevista no artigo 55 da CF-88.

Da análise das decisões, verifica-se inicialmente que o TSE e o STF realizaram um contorcionismo interpretativo na defesa da ideia de que a perda do cargo por desfiliação partidária sem justa causa não constituiria, propriamente, uma sanção jurídica, mas sim uma mera decorrência da prática de um ato legítimo. A questão foi abordada em específico no MS n.º 26.604, consignando o STF que o parlamentar, ao se desfiliar do partido que o elegeu, praticara um ato de livre escolha que acarretaria o *sacrifício do direito* de permanecer na ocupação do cargo eletivo, porquanto teria violado o compromisso de fidelidade aos projetos políticos da agremiação que lhe deu o suporte para a conquista da vaga na eleição<sup>163</sup>. Com base nessa fundamentação, afastou o STF a alegação de que a Constituição deveria expressamente prever a desfiliação sem justa

162 PAULO ADIB CASSEB sintetizou os vícios nessa decisão do STF: “Patente está que a matéria ora analisada evidencia o ativismo judicial da Corte Suprema, tanto no reconhecimento de hipótese de perda de mandato não contemplada pelos ordenamentos constitucional e legal, como também de nova competência da Justiça Eleitoral, sem qualquer previsão expressa, nesse sentido, no direito positivo.” (“O ativismo judicial ...”, cit., p. 132).

163 Veja-se o trecho da fundamentação da Rel. Min. CARMEM LÚCIA: “A situação de desfiliação partidária como causa do afastamento do parlamentar do cargo no qual se investira não configura, como algumas das outras tratadas, expressamente, pela Constituição, hipótese de cassação de mandato. Cuida-se de desligamento do parlamentar do cargo que vinha ocupando, por força de sua ruptura, imotivada e assumida no exercício de sua liberdade pessoal, do vínculo partidário que assumira, no sistema de representação política proporcional, mediante filiação a determinada organização. Sem essa vinculação não há como ele desempenhar o mandato que é inerente ao cargo, donde o desprovisamento automático do cargo”

causa como hipótese ensejadora da perda do mandato.

O argumento não convence, em absoluto, uma vez que, para aplicação da teoria do sacrifício de direito por ato lícito, seria necessário que a consequência da perda automática do mandato pela infidelidade partidária sem justa causa fosse uma circunstância plenamente respaldada na doutrina e jurisprudência eleitoral e, bem assim, entronizada na percepção, mesmo empírica, dos parlamentares. Na verdade, a situação jurídica era totalmente diversa, porquanto o precedente jurisprudencial do STF sobre o tema, exarado no MS n.º 20.927 (Rel. Min. MOREIRA ALVES), julgado em 11/10/1989, era no sentido do descabimento da perda do cargo de parlamentar por desfiliação partidária, exatamente por constituir uma sanção não contida na Constituição<sup>164</sup>.

O STF operou, portanto, uma mutação constitucional indevida do entendimento anterior, o que poderia ser evitado se o juiz constitucional tivesse valorizado o elemento histórico na interpretação. Nesse sentido, em que pese a Emenda Constitucional n.º 1/1969 haja disciplinado a perda do mandato como sanção ao deputado ou senador que praticasse atos de infidelidade partidária<sup>165</sup>, a CF-88 abandonou, conscientemente, o trato da matéria, não mais trazendo a infidelidade partidária como situação passível de acarretar a cassação do mandato. O silêncio eloquente da nova Carta Magna disse muito, apontando claramente que o Poder Constituinte não mais desejou estabelecer a infidelidade partidária, independentemente de ser ato lícito ou ilícito, como motivo para a perda do cargo eletivo do parlamentar.

No caso em questão, portanto, tanto o TSE como STF estabeleceram, de forma indireta, uma sanção não prevista na

<sup>164</sup> Leia-se a ementa do acórdão: "Mandado de Segurança. Fidelidade partidária. Suplente de deputado federal. - Em que pese o princípio da representação proporcional e a representação parlamentar federal por intermédio dos partidos políticos, não perde a condição de suplente o candidato diplomado pela Justiça Eleitoral que, posteriormente, se desvincula do partido ou aliança partidária pelo qual se elegeu. - A inaplicabilidade do princípio da fidelidade partidária aos parlamentares empossados se estende, no silêncio da Constituição e da lei, aos respectivos suplentes. - Mandado de segurança indeferido."

<sup>165</sup> Vejam as regras previstas na Carta Constitucional de 67/69: "Art. 35. Perderá o mandato o deputado ou senador: (...) V - que praticar atos de infidelidade partidária, segundo o previsto no parágrafo único do artigo 152. (...) Art. 152. (...) Parágrafo único. Perderá o mandato no Senado Federal, na Câmara dos Deputados, nas Assembléias Legislativas e nas Câmara Municipais quem, por atitudes ou pelo voto, se opuser às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos de direção partidária ou deixar o partido sob cuja legenda foi eleito. A perda do mandato será decretada pela Justiça Eleitoral, mediante representação do partido, assegurado o direito de ampla defesa." Essas regras foram, posteriormente, suprimidas pela Emenda Constitucional n.º 25/85.

Constituição, numa clara interpretação equivocada e ampliativa dos princípios constitucionais, especialmente o da representação proporcional, estendendo-o para além de sua significação<sup>166</sup>. Tal perspectiva pode ser ilustrada por um trecho do debate ocorrido no TSE, no julgamento da Consulta n.º 1.398, em que o Min. MARCELO RIBEIRO, vencido na votação, advertiu que “Não há norma na Constituição, nem em lei infraconstitucional, que diga que aquele que mudar de partido perderá o mandato. Isso, no final das contas, é o objeto da consulta”, ao passo que o Min. MARCO AURÉLIO, vencedor no julgado, rebateu: “E precisaria de uma norma diante dos princípios consagradas na Constituição Federal? Seria acaciano.”. Em suma, na visão da maioria dos julgadores do TSE e o STF, o princípio constitucional vale tudo, até mesmo impor a aplicação da grave penalidade de perda do mandato eletivo<sup>167</sup>.

Ao agir desse modo, o STF produziu, tecnicamente, uma irregular decisão manipulativa de efeito aditivo, pois alargou a incidência dos princípios constitucionais para aplicar a penalidade – ou *consequência* – da perda do mandato às hipóteses de desfiliação partidária sem justa causa, situação não permitida pelo taxativo rol de causas ensejadoras da cassação do mandato, expressamente estabelecidas no artigo 55 da Constituição Federal.

Buscando ainda justificar a decisão, GILMAR MENDES explica que o STF teria entendido os princípios constitucionais como autorizadores da decretação da perda de cargo por infidelidade partidária em razão da consideração da “importância da realidade política na interpretação constitucional”<sup>168</sup>, posto que se verificava uma

166 ELIVAL DA SILVA RAMOS aponta o equívoco na interpretação do princípio da representação proporcional: “Mas que comando se pode extrair do tantas vezes invocado princípio da representação proporcional? Na verdade, o seu espaço de interpretação não comporta muito mais do que a diretriz de que, no preenchimento de cargos legislativos sujeitos a esse sistema eleitoral, deve-se observar a proporção entre o número desses cargos e a votação obtida pelas agremiações partidárias, na forma da legislação eleitoral.” (*Ativismo judicial ...*, cit., p. 255).

167 CARLOS ALEXANDRE AZEVEDO CAMPOS também menciona esse caso como exemplo de ativismo, em que o STF “construiu uma regra, a partir do art. 14, § 3º, V c/c art. 45, *caput*, ambos da Constituição, punindo o parlamentar com a perda do seu cargo eletivo, em favor do partido político pelo qual se elegeu, na hipótese de abandono da agremiação durante a vigência do mandato, nada obstante a Constituição ter disciplinado (arts. 55 e 56) as hipóteses exaustivas desta espécie de penalidade eleitoral sem que tenha sequer chegado perto de tal previsão” (“As dimensões do ativismo judicial ...”, cit., p. 259).

168 “Anotações acerca da apreciação e revisão de fatos e prognoses legislativos perante a Corte Constitucional alemã e o Supremo Tribunal Federal brasileiro”, In MORAIS, CARLOS BLANCO DE e RAMOS, ELIVAL DA SILVA (coord.), *Perspectivas de Reforma da Justiça Constitucional em Portugal e no Brasil*, São Paulo, Almedina, 2012, p. 183.

demasiada e abusiva alternância de mandatários eleitos de seus partidos, sendo necessário realizar “uma interpretação sistemática baseada nos valores da fidelidade partidária e da democracia representativa”<sup>169</sup>.

Sucede que essa apreciação relevante da realidade histórica jamais poderia suplantar o vício de origem do entendimento do STF, que foi o de prever, ele próprio, uma penalidade não consignada no estatuto constitucional, ou mesmo legal, atinente à temática<sup>170</sup>. Por mais que a realidade política demonstrasse o total descrédito do instituto da fidelidade partidária, a opção do Constituinte, certa ou errada, foi a de não sancionar a conduta de migração injustificada a outro partido, não podendo o Judiciário alterar a norma constitucional<sup>171</sup>.

Outra crítica relevante deve ser feita com relação à decisão proferida no julgamento pelo STF das ADIs n.ºs 3.999 e 4.086, que declarou a constitucionalidade da Resolução TSE n.º 22.610/07, marco normativo processual da perda do mandato por infidelidade partidária. A Corte Suprema chancelou a invasão, pelo TSE, da competência legislativa privativa da União para legislar sobre direito processual, quando ao órgão máximo da Justiça Eleitoral somente é autorizado expedir normas que visem a regulamentar a própria lei eleitoral, sendo ainda vedado restringir direitos ou impor sanções não consignadas em lei formal. Também se mostra injustificado admitir a competência normativa do TSE como se fora uma resposta transitória e excepcional para a omissão legislativa, uma vez que a Constituição Federal não autoriza, de modo algum, que o TSE inove no ordenamento jurídico<sup>172</sup>.

169 *Ibidem*, p. 186.

170 Situação diferente ocorre no ordenamento jurídico português, em que consta expressamente na Constituição da República Portuguesa a previsão da penalidade de perda do mandato em caso de infidelidade partidária: “Artigo 160.º (Perda e renúncia do mandato) 1. Perdem o mandato os Deputados que: (...) c) Se inscrevam em partido diverso daquele pelo qual foram apresentados a sufrágio.”.

171 Por isso é que JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO critica esse tipo de análise do juiz constitucional: “Perspectiva diferente se deve adoptar quanto às tentativas de legitimação de uma interpretação constitucional criadora que, com base na *força normativa dos factos*, pretenda ‘constitucionalizar’ uma alteração constitucional em inequívoca contradição com a *constitutivo scripta*.” (*Direito Constitucional e Teoria* ..., cit., p. 1192, grifo do autor).

172 Digno de nota a posição altiva do Min. EROS GRAU sobre o tema, conforme trecho de seu voto: “Não vou cansar a Corte. Para mim essa resolução é multiplamente inconstitucional: o artigo 1º afronta os artigos 22, I e XLVIII, da Constituição; o artigo 2º dispõe sobre matéria reservada à lei complementar; os artigos 3º ao 9º e 11 inovam em Direito Processual e o § 2º do artigo 1º inova atribuições do Ministério Público. De modo que me perdoem, mas acho que isso é um abuso de

Registre-se, por fim, que, em razão das decisões do STF, foi editada a Lei n.º 13.165/15, acrescentando o artigo 22-A à Lei n.º 9.096/95 para tratar da infidelidade partidária como causa da perda do mandato político. Mas, de outro vértice, a título de reação ao ativismo judicial, o Legislativo estabeleceu, como hipóteses de justa causa, a previsão de marcos temporais em que a prática do ato de desfiliação não implicaria a perda do cargo<sup>173</sup>, fugindo da moldura jurídica da Resolução TSE n.º 22.610/07, que impunha a necessidade de justificação fundada essencialmente em atos irregulares do partido político, tais como as alterações indevidas do programa partidário ou a grave discriminação pessoal em face do parlamentar.

Enfim, ao inovar indevidamente na ordem jurídica, estabelecendo uma hipótese não prevista na CF-88 (a infidelidade partidária) para acarretar a perda do mandato parlamentar, o STF exorbitou de suas funções, incidindo em patente e manifesto ativismo judicial.

#### **4.3A JUSTIFICADA (E CORRETA) DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DA FICHA LIMPA**

A chamada Lei da Ficha Limpa corresponde à Lei Complementar n.º 135/2010, que resultou de iniciativa popular<sup>174</sup> e alterou profundamente a disciplina então estabelecida na Lei Complementar n.º 64/90, acrescentando-lhe novas causas de inelegibilidade, aumentando os períodos de duração e estabelecendo novos marcos temporais para início dos impedimentos. A referida lei criou, entre outras, as situações de inelegibilidade de pessoas condenadas pela prática de ilícitos cíveis e criminais, a partir da deliberação de um órgão judicial colegiado, sendo desnecessário aguardar o trânsito em julgado da condenação.

No julgamento conjunto da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n.º 4.578, proposta pela Confederação Nacional das Profissões Liberais (CNPL), e das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n.ºs 29 e 30, ajuizadas pelo Partido Popular Socialista (PPS) e pela OAB, respectivamente, todas da relatoria do Min, Luiz inconstitucionalidade.”.

173 Vide art. 22-A, III, Lei nº 9.504/97 e art. 1º da Emenda Constitucional n.º 91/2016.

174 O projeto de iniciativa popular, que contou com cerca de 1,3 milhão de assinaturas, em verdade, em razão de dificuldades na conferência das assinaturas, foi “aproveitado” a um projeto já em trâmite no Congresso (Fonte <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=21571>, acesso em 28/09/2018).

Fux, o STF, em 16/02/2012, declarou a constitucionalidade da Lei Complementar n.º 135/2010, enfrentando uma série de argumentos sobre a infringência de normas constitucionais relativas aos princípios da presunção de inocência ou de não culpabilidade, da irretroatividade, do ato jurídico perfeito, bem assim da ofensa aos postulados da proporcionalidade, razoabilidade e da proteção do núcleo essencial do direito à elegibilidade.

Em que pese a relevância de discutir toda a fundamentação do julgado, para os fins desse artigo, importa analisar apenas o tópico referente à não extensão do princípio da presunção de inocência ao direito eleitoral. Isso porque, no particular, o STF havia decidido anteriormente, na ADPF n.º 144<sup>175</sup>, Rel. Min. CELSO DE MELLO, julgada em 06/08/2008, que a Justiça eleitoral não poderia impedir a participação no processo eleitoral de candidatos que respondessem a processo judicial, sem condenações com trânsito em julgado, exatamente sob o argumento de que a presunção da inocência no âmbito criminal se irradiaria para a esfera eleitoral.

O objetivo central de análise, portanto, consiste em verificar se a mudança de posicionamento do STF efetuada no julgamento de constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa, no tocante à não aplicação do princípio da presunção de inocência no âmbito eleitoral, em contraposição à decisão adotada na ADPF n.º 144, constituiu ou não uma mutação inconstitucional reveladora de prática do ativismo judicial.

Inicialmente, independentemente de eventuais vícios na interpretação constitucional, não é adequado cogitar do ativismo judicial a título de invasão da atividade normativa do Legislativo, uma vez que o STF manteve válida uma norma editada pelo Parlamento, declarando-a plenamente constitucional, de modo que lhe prestou deferência<sup>176</sup>.

Já com relação à mutação constitucional, é preciso perceber

175 A ADPF foi ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) buscando a auto-aplicabilidade do § 9º do art. 14 da Constituição Federal e, com isso, que se permitisse aos juízes eleitorais negar pedidos de candidatura eletiva de pessoas que fossem réus em processos judiciais ou condenados sem o trânsito em julgado.

176 De se notar que pode haver ativismo judicial na decisão que declarar a constitucionalidade de ato normativo do Executivo ou Judiciário, principalmente se afrontarem a competência privativa do Legislativo; ou na decisão do STF de interpretação da norma conforme à Constituição, a depender da solução interpretativa adotada para fixar o sentido normativo ajustado ao texto constitucional.

que a declaração de constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa, na acepção da não aplicação do princípio da presunção de inocência ao direito eleitoral, levou em consideração, entre outros aspectos, que a decisão adotada na ADPF n.º 144 considerou a então realidade histórica de um regime ditatorial vigente no Brasil até os idos de 1985, buscando notadamente proteger o princípio democrático contra os influxos autoritários de menoscabo aos direitos fundamentais. De outro lado, quando da edição da Lei da Ficha Limpa, já havia uma conscientização social sobre o fortalecimento do regime democrático e se preocupava a sociedade com outras questões importantes do sistema político, especialmente a crise moral de representatividade dos eleitos.

Nesse diapasão, a alteração de entendimento expressado pelo STF mostrou-se justificada pela imposição do cânone interpretativo da força normativa da Constituição, visando a atualizar a norma aos anseios da sociedade brasileira, eis que se mostrava excessiva a extensão da presunção de inocência para além dos seus limites criminais porquanto impedia a garantia da efetividade dos valores constitucionais de proteção à probidade e moralidade das eleições, considerada a vida pregressa dos candidatos, consoante dicção do artigo 14, § 9º da CF-88.

Além disso, conforme bem salientado pelo Rel. Min. LUIZ FUX, ao se buscar a melhor interpretação para a norma que prevê que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, percebe-se que a sua literalidade não comporta interpretação extensiva a outro ramo do direito. Como se explicou nesse trabalho, o limite interpretativo de um enunciado é evidenciado prefacialmente pelo seu próprio conteúdo textual e, no caso em tela, a redação é extremamente objetiva e explícita em apontar que o princípio (ou regra) da não culpabilidade tem eficácia apenas no âmbito criminal<sup>177</sup>.

#### A mutação constitucional em questão se justificou porque a

177 ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS apresenta outros argumentos em prol do afastamento do princípio da presunção de inocência no âmbito eleitoral: “Contudo, o comando do art. 5º, LVII (presunção de inocência) não proíbe todo e qualquer efeito de decisão condenatória fruto de órgão colegiado: por isso, permite-se a prisão processual, a decretação de indisponibilidade de bens etc. Além disso, o art. 15, III, da CF/1988, já permite a suspensão de direitos políticos pelo trânsito em julgado de sentença penal condenatória, o que esvaziaria de sentido exigir o mesmo trânsito em julgado na hipótese do art. 14, § 9º, da CF.” (“Aspectos controvertidos da inelegibilidade prevista na alínea ‘e’ da Lei Complementar n. 64/1990”, *In ANPR (org.), Pontos Controvertidos sobre a Lei da Ficha Limpa*, Belo Horizonte, Del Rey, 2016, p. 15).

posição anterior do STF foi adotada com base em outra realidade e, bem assim, em razão de seu equívoco conceitual, pois a CF-88 não autoriza o entendimento de que a presunção de inocência seja expandida, de modo absoluto, a outros âmbitos normativos que não o do direito penal<sup>178</sup>. Apenas se pode admitir uma irradiação de aspectos secundários do aludido princípio, no que toca à produção probatória e ao tratamento do acusado durante o curso do processo judicial, mas não se pode aceitar a exigência do trânsito em julgado como pressuposto para incidência de outras normas jurídicas, especialmente das que tratam do regime de inelegibilidades.

Em conclusão, a decisão de constitucionalidade a Lei da Ficha Limpa, na parte específica em que não se verificou infringência ao princípio constitucional da presunção de inocência, não implicou usurpação da atividade do legislativo ou mutação constitucional indevida, tampouco a ocorrência de ativismo judicial.

## 5. CONCLUSÕES

O presente artigo abordou o ativismo judicial do STF nas causas que afetam o Legislativo. Buscou-se demonstrar o conceito do ativismo e os parâmetros dogmáticos para identificar os limites da jurisdição constitucional e, ao final, elaborou-se uma crítica a decisões do STF em demandas sobre a reforma política, indicando a incidência ou não do ativismo.

A seguir, apresentam-se sinteticamente as conclusões do trabalho.

1) O estudo do ativismo judicial no Brasil passa, preliminarmente, pela compreensão de uma teoria do Direito que, embora admita a integração dos valores morais ao ordenamento, compreende que a norma, constituída de regras e princípios, é o fundamento principal de validade de um sistema que se preocupa com a segurança jurídica, coerência e unidade no regramento das relações sociais. Impõe-se ainda, nessa tarefa, a aceitação de uma adequada teoria da interpretação constitucional que, embasada em método e critérios exegéticos específicos, permite ao Judiciário apenas

---

178 Em tal sentido, EDSON DE RESENDE DE CASTRO apresenta a seguinte conclusão: “E se as inelegibilidades não pressupõem a ideia de culpa – porque não são pena, nenhum confronto há com a garantia constitucional da presunção de inocência, ou da não culpabilidade, inscrita no art. 5º, LVII, da CF” (*Curso de Direito Eleitoral*, 8ª ed. revista e atualizada, Belo Horizonte, Del Rey, 2016, p. 150).

criar a norma de decisão concreta, sem inovar na ordem jurídica. Em acréscimo, a análise do ativismo judicial há de ser feita sob a perspectiva de um sistema jurídico de origem romano-germânico, que tem a norma positivada como fonte de Direito por excelência, sem olvidar, contudo, da importância da jurisprudência.

2) O ativismo judicial representa um fenômeno da realidade social, jurídica e política de um Estado, verificado em razão da atuação expansiva do Poder Judiciário para além de suas competências regularmente estabelecidas no ordenamento positivo. O seu conceito denota sempre um caráter negativo porque implica a invasão das atribuições dos demais Poderes, não se confundindo, contudo, com a legítima atuação judicial em prol dos direitos fundamentais, desde que atendidos os limites constitucionais da jurisdição.

3) Constituem fatores que impulsionam o ativismo judicial no Brasil: (i) a previsão na Constituição de uma gama de direitos políticos, econômicos e sociais em prol dos cidadãos, geralmente através de normas de conteúdo semântico plurissignificativo; (ii) o descaso e a ineficiência dos demais Poderes na execução dos seus encargos constitucionais, aliado à permanente crise de representatividade dos mandatários; (iii) a constante judicialização no STF de temáticas de natureza política; (iv) a ampliação das formas e do rol de legitimados para o exercício do controle de constitucionalidade pelo STF; e (v) a influência teórica da concepção pós-positivista do Direito e do neoconstitucionalismo, que propõem a majoração da força normativa dos princípios jurídicos na interpretação e aplicação das normas.

4) O ativismo judicial acarreta sérias e danosas consequências para o sistema jurídico como um todo e ao equilíbrio das relações interinstitucionais dos Poderes do Estado, podendo-se citar: (i) perda da segurança jurídica e coerência que se espera do Direito, em razão do subjetivismo judicial nas decisões e do desrespeito aos precedentes jurisprudenciais; (ii) ausência de legitimidade democrática e de responsabilização política do Judiciário na adoção de decisões que ultrapassam suas competências; (iii) desarmonia na separação dos Poderes, em razão do empoderamento do Judiciário e enfraquecimento do Legislativo, que é a instância natural das decisões políticas; (iv) riscos da prática do *outruling* pelo Legislativo, mediante desobediência às decisões judiciais ativistas ou pelo enfrentamento

às lédimas prerrogativas do Judiciário, inclusive através da indevida constitucionalização de matérias de reserva legal.

5) O presente artigo não abordou as soluções para evitar a prática do ativismo judicial, apenas buscou apresentar os elementos que permitam sua identificação. De toda sorte, é possível anotar que a resolução do problema passa pela adoção de ações por três atores importantes do processo jurídico e político: (i) os doutrinadores que, de modo imparcial, devem sempre apontar as críticas à indevida expansão do Judiciário, indicando os critérios jurídicos delimitadores da jurisdição; (ii) os juízes, que precisam compreender os seus limites e, quando for o caso, devem adotar uma postura de autocontenção institucional; e (iii) os parlamentares, que precisam cumprir efetivamente os seus encargos constitucionais, não se olvidando de discutir temas políticos relevantes e polêmicos para a sociedade brasileira.

6) A identificação do ativismo judicial, considerando suas graves consequências, deve levar em consideração o princípio da inafastabilidade do exercício da jurisdição e a legitimidade do controle judicial de constitucionalidade dos atos normativos. Não basta discordar fundamentadamente das decisões judiciais para considerá-las ativistas, exigindo-se, ao contrário, uma cautelosa e profunda investigação para saber se foram ultrapassadas as linhas que definem o conteúdo material da jurisdição, sendo relevante, em suma, a elaboração consubstanciada de parâmetros dogmáticos para verificação da prática ativista.

7) Nesse propósito, a título de premissas conceituais, mostra-se importante compreender que o ativismo judicial: (i) pode se manifestar tanto na invasão de uma função essencial de um outro Poder como no exercício de uma atribuição anômala, sendo o seu conceito vinculado essencialmente ao desbordamento da atuação judicial; (ii) pode se manifestar em qualquer ato da Corte Suprema que tenha por objeto a interpretação da Constituição e não apenas no exercício do controle de constitucionalidade das leis; e (iii) se verifica não apenas pela indevida inovação na ordem jurídica, mas sempre que a decisão judicial seja fruto de uma interpretação distorcida e injustificável do sentido normativo da Constituição.

8) A teoria das *questões políticas* constitui o primeiro dos limites do ativismo judicial e está diretamente relacionada com a

preservação do princípio da separação dos poderes, compreendido pelas ideias do núcleo essencial de funções de cada Poder e da interdependência no exercício das atribuições entre os Poderes. Nada obstante controvertida a aplicação dessa teoria no Direito, é senso comum que não compete ao Judiciário exercer o controle da discricionariedade de temas estritamente políticos, cabendo-lhe apenas syndicar a observância dos pressupostos constitucionais e a ocorrência de eventual dano a direito subjetivo individual ou coletivo. O Judiciário, na apreciação desse tipo de causa, deve agir com vigilância e cuidado para não afetar o equilíbrio institucional da separação dos Poderes.

9) A análise da correção da interpretação constitucional é o caminho dogmático mais relevante para identificar a prática ativista. Em que pese a interpretação da Constituição não seja uma atividade distinta da interpretação em geral, o intérprete deve prestar atenção às seguintes especificidades: (i) a Constituição encerra a norma suprema de um Estado e é fonte de legitimidade para as demais normas do ordenamento; (ii) um dos objetos da Carta Magna é a disciplina da relação entre os Poderes, de modo que as decisões nela embasadas estão impregnadas de conotação política; (iii) a Constituição define o rol de direitos fundamentais dos cidadãos e assegura o seu atendimento pelo Estado; e (iv) os enunciados normativos da Constituição, em geral, apresentam signos linguísticos de conteúdo aberto, contendo a indicação de valores morais relevantes para o regramento das relações sociais.

10) A realização de uma adequada tarefa interpretativa, das normas em geral e da Constituição, demanda a compreensão e o atendimento aos seguintes pressupostos conceituais: (i) percepção da estrita vinculação entre a atividade de interpretação e a de concretização da norma, sendo permitido ao juiz criar a norma de decisão a ser aplicada ao caso concreto; (ii) diversidade conceitual entre o dispositivo (objeto da interpretação) e a norma jurídica (resultado da interpretação); (iii) obediência, pelo intérprete, ao sentido jurídico possível de ser extraído do enunciado normativo; (iv) utilização de um método próprio de interpretação e de princípios ou cânones instrumentais da interpretação constitucional.

11) O método de interpretação *concretizador* é o que melhor estrutura uma ordem sequencial e lógico-racional para compre-

ensão do sentido da disposição normativa, com o fim de evitar o subjetivismo e casuísmo nas decisões judiciais. Através dele, o intérprete, que tem a norma como objeto de primordial atenção, busca identificar inicialmente o *programa normativo* do enunciado (o seu sentido jurídico em abstrato), utilizando-se, como ponto de partida, dos elementos tradicionais de interpretação (subsunção da norma através dos critérios gramatical, sistemático, histórico e teleológico) e de alguns cânones específicos da interpretação constitucional; ajustando-o posteriormente ao *ambiente normativo*, que constitui a realidade social e política em que a norma será inserida. Valoriza-se também a figura do intérprete, a partir de suas pré-compreensões, como um personagem importante na criação da norma concreta de decisão e no respeito aos valores explicitados na Constituição.

12) Na insuficiência dos elementos tradicionais para se encontrar o sentido da norma, impõe-se a adoção dos seguintes cânones ou princípios instrumentais da interpretação constitucional: (i) unidade da Constituição, que privilegia a harmonia entre suas normas; (ii) supremacia da Constituição frente às demais normas jurídicas, sendo seus subprincípios a máxima eficácia e efetividade de suas normas, a força normativa da Constituição e a interpretação conforme a Constituição; (iii) conformidade funcional, em que se defende uma postura do Judiciário de deferência às atribuições dos demais Poderes, evitando-se alcançar um sentido normativo que afete o equilíbrio dessa separação de competências funcionais.

13) Para se alcançar a diretriz de unidade e convivência harmônica das normas constitucionais e, considerando sobretudo que a interpretação dos princípios jurídicos de baixa densidade normativa não pode ser realizada apenas pelo método silogístico da subsunção, o intérprete deve se socorrer da ponderação como técnica para resolução de conflitos entre bens, interesses e valores, com a observância dos postulados da razoabilidade, proporcionalidade e proibição da proteção insuficiente. A ponderação não significa uma porta aberta ao ativismo judicial nem permite a inovação judicial da ordem jurídica. Deve ser realizada de forma criteriosa, mediante a correta identificação do objeto da ponderação e a enunciação de razões que justifiquem a preponderância dos interesses e a possibilidade de extensão dos fundamentos para situações semelhantes,

não se tratando, portanto, de casuísmo judiciário.

14) A presença de expressões plurissignificativas nas disposições normativas constitucionais encerra uma técnica do legislador constituinte para expressar os princípios, valores e diretrizes fundamentais da Carta Magna, não servindo, contudo, como justificativa para uma atuação criativa do intérprete na densificação de seus conceitos. Algumas diretrizes são possíveis de serem anunciadas para o pleno êxito dessa tarefa: (i) aceitação da precedência do legislador na definição dos conceitos jurídicos da norma constitucional; (ii) compreensão de que os enunciados possuem algum conceito discernível na doutrina, lei ou jurisprudência, não sendo permitido jamais a transfiguração do seu sentido; (iii) exigência de maior grau de fundamentação jurídica sobre as soluções interpretativas.

15) A mutação constitucional interpretativa significa a alteração do sentido normativo preexistente de um enunciado da Constituição através de uma nova exegese do juiz constitucional, constituindo um campo vasto para incidência do ativismo judicial. Os limites para uma adequada mutação constitucional são, basicamente, os mesmos da interpretação, especialmente a impossibilidade de se alterar o sentido expresso da norma e o respeito à unidade do ordenamento jurídico constitucional, aliado à observação de que a superação do precedente jurisprudencial impõe uma maior carga de justificação da alteração da tese jurídica.

16) A argumentação jurídica deficiente, que não consegue minimamente demonstrar os pressupostos lógicos e os fundamentos de uma decisão, ou que não selecionou e analisou adequadamente os fatos e as normas do caso em exame, pode indicar a deformação do processo interpretativo. São requisitos para uma adequada argumentação jurídica: (i) decisão respaldada num fundamento de ordem normativa, válido no ordenamento; (ii) generalidade e utilização do argumento em outras situações similares; (iii) a devida análise dos precedentes judiciais; e (iv) a correta concretização da interpretação da norma com a realidade. Argumentar significa bem escolher os fatos e as normas a serem apreciados e informar a razão de ser da decisão de interpretação/aplicação adotada. A ausência desses requisitos compromete a solidez da solução jurídica e constitui um sério indicativo de uma prática ativista judicial.

17) A atividade de criação do direito pelo Judiciário, através de decisões que contêm direta ou indiretamente comandos normativos gerais e abstratos, especialmente a imposição de sanções não previstas no ordenamento jurídico, constitui a manifestação mais nítida do ativismo judicial em detrimento da função essencial do Poder Legislativo. Ao STF somente é permitido criar a norma concreta de decisão, que terá sempre por base uma conformação normativa preexistente, sendo-lhe vedado manipular o conteúdo normativo da lei ou da Constituição para expandi-lo indevidamente e, bem assim, não deve desrespeitar os pressupostos constitucionais exigidos para edição de atos normativos próprios.

18) No âmbito do controle de constitucionalidade das normas, as sentenças interpretativas são aquelas que extraem mais de um sentido normativo de um determinado enunciado, separando-os entre aqueles que estão conforme (decisões de rejeição da inconstitucionalidade) e os que estão em desacordo com a Constituição (decisões de acolhimento da inconstitucionalidade). Esse tipo de decisão decorre de técnica prevista formalmente na legislação brasileira, mas poderá ensejar o ativismo judicial se o juiz constitucional desobedecer aos pressupostos e requisitos da interpretação constitucional, notadamente quando suplantar os limites textuais da disposição normativa.

19) As sentenças aditivas do controle de constitucionalidade importam a ampliação do sentido normativo de um enunciado para um determinado campo de incidência ou a certos destinatários, não previstos inicialmente pela norma. Podem configurar o ativismo judicial se o sentido a ser acrescido não tiver por base uma norma específica ou se for além do campo de abrangência permitido pela interpretação da disposição normativa. De outro lado, as sentenças substitutivas ou criativas são manifestações típicas do ativismo judicial, eis que, através delas, se aponta a inconstitucionalidade de uma norma por entender mais viável juridicamente uma outra disciplina a ser aplicada, criando-se então uma norma jurídica.

20) A edição pelo STF de atos de conteúdo normativo, em que pese autorizado em certas situações pela Constituição Federal, pode configurar o ativismo judicial caso sejam desrespeitados os específicos pressupostos constitucionais para sua emissão: (i) os atos normativos internos devem disciplinar apenas assuntos de

natureza administrativa, com respeito ao devido processo legal; (ii) as súmulas vinculantes devem se ater à discussão da validade, interpretação e aplicação de uma norma específica, que enseje controvérsia jurídica atual e relevante e para cuja solução haja reiteradas decisões da Corte Suprema; e (iii) a decisão proferida em mandado de injunção pode criar a norma regulamentadora do direito questionado desde que limitada ao campo de abrangência do objeto da causa.

21) As decisões do STF que reputaram inconstitucionais as normas eleitorais que estabeleceram as cláusulas de barreira ou de desempenho dos partidos políticos configuram exemplos de ativismo judicial, em razão da deficiência na interpretação constitucional e na ponderação dos bens e interesses conflitantes. O STF ampliou, em demasia, o sentido e alcance dos princípios constitucionais do pluralismo partidário, do regime democrático e da igualdade e não apreciou corretamente a realidade subjacente à decisão, ignorando ainda a preferência que deveria ser atribuída às justificáveis decisões legislativas sobre a complexa temática da limitação ao funcionamento de partidos sem representatividade política.

22) A declaração de inconstitucionalidade das doações de pessoas jurídicas às campanhas eleitorais, decidida pelo STF, também demonstrou a prática do ativismo judicial. A Corte Suprema estendeu demasiadamente o conteúdo normativo dos princípios jurídicos relativos ao regime democrático para vedar as referidas doações, deixando ainda de observar o cânone interpretativo da separação dos poderes e a deferência que se dever ter às posições do Legislativo que tratem de temas de alta densidade política e que não afrontem, direta e objetivamente, a Constituição Federal. Também não se observou a diretriz da unidade da Constituição, porquanto seria possível obter um sentido da norma impugnada em conformidade com a Carta Magna, estabelecendo-se apenas alguns limites às doações de pessoas jurídicas, para evitar os abusos então ocorrentes.

23) A Constituição Federal autoriza a Justiça Eleitoral a decretar a cassação do mandato do parlamentar em razão da prática de ato ilícito de natureza eleitoral, agindo corretamente o STF ao julgar improcedente ações de inconstitucionalidade contra atos normativos que tipificavam alguns desses ilícitos (artigos 77 e 41-A

da Lei nº 9.504/97) e especificavam as sanções correspondentes. Nesses casos, houve a adequada interpretação dos princípios constitucionais da impessoalidade no trato com o interesse público, da liberdade do voto e da igualdade de tratamento entre os candidatos nas eleições, atuando o STF como autêntico e responsável juiz constitucional.

24) A Suprema Corte incidiu em ativismo judicial ao permitir a perda de mandato pela Justiça Eleitoral em razão da desfiliação partidária do parlamentar sem justa causa, uma vez que: (i) inovou na ordem jurídica ao prever uma sanção a hipótese de incidência não prevista na Constituição; (ii) modificou erroneamente um precedente jurisprudencial em sentido diverso da própria Corte; e (iii) chancelou a edição de ato normativo do TSE que invadiu a competência legislativa privativa da União. Em essência, o STF efetuou uma extensão indevida da interpretação dos princípios democrático e da eleição proporcional, com a defesa da errônea tese de automaticidade entre a desfiliação partidária e cassação do mandato, quando, em verdade, a Constituição estabeleceu as hipóteses expressas em que poderia ocorrer o afastamento definitivo do parlamentar, não constando, dentre elas, a infidelidade partidária.

25) Não houve ativismo judicial na declaração de constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa, uma vez que a inelegibilidade do condenado pela prática de ato ilícito cível ou criminal a partir da decisão de um órgão judicial colegiado, prescindindo-se do trânsito em julgado, não afeta o princípio constitucional da presunção de inocência. Não obstante o precedente em sentido diverso do STF, na ADPF n.º 144, a mudança de posição revelou-se uma adequada mutação constitucional, por privilegiar o cânone interpretativo da força normativa da Constituição, ajustando a norma à nova realidade social e política e, principalmente, porque a leitura da disposição normativa da presunção de inocência não suporta sua extensão, em toda a plenitude, para outros ramos do Direito além do criminal, sendo plenamente permitido pela CF-88 que o regime de inelegibilidades, que visa a considerar a vida pregressa dos candidatos, estabeleça outro marco temporal para incidência dos impedimentos.

## 6. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de, Súmula Vinculante, *In* MORAIS, Carlos Blanco de; RAMOS, Elival da Silva (coord.), *Perspectivas de Reforma da Justiça Constitucional em Portugal e no Brasil*, São Paulo, Almedina, 2012.

APPIO, Eduardo, *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*, Curitiba, Juruá, 2005.

ÁVILA, Humberto, *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 11ª ed. revista, São Paulo, Malheiros Editores, 2010.

BARCELOS, Ana Paula de, *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, Rio de Janeiro, Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto, *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 2017.

BOBBIO, Norberto, *Teoria do Ordenamento Jurídico*, tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, 4ª ed., Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1994.

BONAVIDES, Paulo, *Ciência Política*, 18ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2011.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo, As dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal, *In* Revista de Direito Público n.º 06, Julho-Dezembro de 2011, Instituto de Direito Público, Lisboa, Almedina, 2011.

\_\_\_\_\_, Dimensões da autorrestrrição judicial, *In* LEITE, George Salomão; STRECK, Lênio; NERY JÚNIOR, Nelson (coord.), *Crise dos Poderes da República: Judiciário, Legislativo e Executivo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2017.

CAMPOS, Sérgio Pompeu de Freitas, Legislativo e Judiciário na Reforma Política: divergências sobre a cláusula de barreira, *In*

RESENDE, Antônio José Calhau de; BERNARDES JÚNIOR, José Alcione (org.), *Temas de Direito Parlamentar*, 1ª ed., Belo Horizonte, Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2016.

CANAS, Vitalino, *O princípio da proibição do excesso na conformação e controlo dos atos legislativos*, Coimbra, Almedina, 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional*, 6ª ed. revista, Coimbra, Almedina, 1993.

\_\_\_\_\_, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4ª ed., Coimbra, Almedina, 2003.

CASSEB, Paulo Adib, O ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal brasileiro: casos concretos, *In* MORAIS, Carlos Blanco de (coord.), *As Sentenças Intermédias da Justiça Constitucional*, Lisboa, AAFDL, 2009.

CASTRO, Bernardo de Mendonça Teixeira, *As sentenças intermédias na ordem constitucional nacional*, Coimbra, Edições Almedina, 2016.

CASTRO, Edson de Resende, *Curso de Direito Eleitoral*, 8ª ed. revista e atualizada, Belo Horizonte, Del Rey, 2016.

COELHO, Inocêncio Mártires, Fiscalização da Constituição: métodos e princípios da interpretação constitucional, *In* Direito e Cidadania, Ano V, n.º 18, Praia, 2003.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da, *Controle de Constitucionalidade: teoria e prática*, 8ª ed., revista, ampliada e atualizada, Salvador, JusPO-DIVM, 2016.

DIMOULIS, Dimitri, *Positivismo Jurídico: teoria da validade e da interpretação do direito*, 2ª ed. revista e atualizada, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2018.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha, *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*, 2ª ed., Osasco, EDIFIEO, 2015.

\_\_\_\_\_, Jurisdição Constitucional: conflitos e tensões entre o Supremo Tribunal Federal e o Poder Legislativo, *In Espaço Jurídico Journal of Law*, vol. 17, n.º 1, 2016. Disponível em <http://dx.doi.org/10.18593/ejil.v17i1.5805>, acesso em 08/09/2018.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Estado de Direito e Constituição*, 4ª ed. revista e atualizada, São Paulo, Saraiva, 2007.

GUEDES, Néviton, O juiz entre o ativismo judicial e a autocontenção. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2012-jul-23/constituicao-poder-juiz-entre-ativismo-judicial-autocontencao>, acesso em 28/06/2018.

GRAU, Eros Roberto, *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*, São Paulo, Malheiros Editores, 2006.

HART, Herbert L. A., *O Conceito de Direito*, tradução de A. Ribeiro Mendes, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1986 (1961).

HESSE, Konrad, *A força normativa da Constituição*, tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

\_\_\_\_\_, A interpretação constitucional, tradução de Inocêncio Mártires Coelho, *In Temas Fundamentais do Direito Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2009.

LOPES, Pedro Moniz, Sobre as sentenças de inconstitucionalidade parcial qualitativa, *In* MORAIS, Carlos Blanco de (coord.), *As Sentenças Intermédias da Justiça Constitucional*, Lisboa, AAFDL, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, 2ª ed., 4ª tiragem, São Paulo, Malheiros Editores, 2000.

MELLO, Cláudio Ari, *Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais*, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2004.

MELLO, Ruy Nestor Bastos, O princípio da proporcionalidade como instrumento de controle das restrições normativas à elegibilidade

nos sistemas jurídicos do Brasil e de Portugal, *In* Tribunal Regional Eleitoral da Bahia, Revista Populus, vol. 6, Salvador, 2019. Disponível em <http://eje.tre-ba.jus.br/course/view.php?id=58>, acesso em 15/5/2021.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*, 11ª ed., São Paulo, Saraiva, 2016.

\_\_\_\_\_, Anotações acerca da apreciação e revisão de fatos e prognoses legislativos perante a Corte Constitucional alemã e o Supremo Tribunal Federal brasileiro, *In* MORAIS, Carlos Blanco de; RAMOS, Elival da Silva (coord.), *Perspectivas de Reforma da Justiça Constitucional em Portugal e no Brasil*, São Paulo, Almedina, 2012.

MIRANDA, Jorge, *Teoria do Estado e da Constituição*, 3ª ed. revista, atualizada e ampliada, Rio de Janeiro, Forense, 2011.

MONTEIRO, Arthur Maximus, *Controle de constitucionalidade das omissões legislativas*, Curitiba, Juruá, 2015.

MONTEIRO, Juliano Ralo, Ativismo Judicial: Um Caminho para Concretização de Direitos Fundamentais *In* AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do (coord.), *Estado de Direito e Ativismo Judicial*, São Paulo, Quartier Latin, 2010.

MORAES, Alexandre de, As súmulas vinculantes no Brasil e a necessidade de limites ao ativismo judicial, *In* Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2012.

MORAIS, Carlos Blanco de, *Justiça Constitucional: o direito do contencioso constitucional*, Tomo II, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

\_\_\_\_\_, *Curso de Direito Constitucional: As Funções do Estado e o Poder legislativo no Ordenamento Português*, Tomo I, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2012.

\_\_\_\_\_, *Curso de Direito Constitucional: Teoria da Constituição*

em Tempo de Crise do Estado Social, Tomo II, vol. 2, Coimbra, Coimbra Editora, 2014.

\_\_\_\_\_ As ideologias da interpretação e o Ativismo Judicial: o impacto das ideologias da interpretação nos princípios democráticos e da separação dos poderes, *In* SOUZA, Marcelo Rebelo de; PINTO, Eduardo Vera-Cruz (coord.), *Liber Amicorum Fausto de Quadros*, Coimbra, Edições Almedina, 2016.

NADER, Paulo, *Filosofia do Direito*, 23<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, Forense, 2015.

PELICIOLO, Ângela Cristina, *A sentença normativa na jurisdição constitucional: O Supremo Tribunal Federal como Legislador Positivo*, São Paulo, Editora LTr, 2008.

RAMOS, André de Carvalho, Aspectos controvertidos da inelegibilidade prevista na alínea 'e' da Lei Complementar n. 64/1990, *In* ANPR (org.), *Pontos Controvertidos sobre a Lei da Ficha Limpa*, Belo Horizonte, Del Rey, 2016.

RAMOS, Elival da Silva, *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*, 2<sup>a</sup> ed., São Paulo, Saraiva, 2015.

SAMPAIO, Flávia Cerqueira, Os efeitos diferidos para o futuro de uma decisão de inconstitucionalidade, *In* MORAIS, Carlos Blanco de (coord.), *As Sentenças Intermédias da Justiça Constitucional*, Lisboa, AAFDL, 2009.

SAMPAIO, José Adércio Leite, *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*, Belo Horizonte, Del Rey, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel, *Curso de Direito Constitucional*, 3<sup>a</sup> ed. revista, atualizada e ampliada, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014.

SARMENTO, Daniel, *Por Um Constitucionalismo Inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*, Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2010.

\_\_\_\_\_ ; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, *Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho*, 2<sup>a</sup> ed., Belo Horizonte, Forum, 2017.

SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto de, *O Supremo Tribunal Federal e as questões políticas: o dilema brasileiro entre o ativismo e a autocontenção no exame judicial das questões políticas*, Porto Alegre, Síntese, 2004.

STRECK, Lênio Luiz, Desconstruindo os modelos de juiz: a hermenêutica jurídica e a superação do esquema sujeito-objeto, *In* STRECK, Lênio Luiz e MORAIS, José Luiz Bolzan de (org.), *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora.

TEIXEIRA, José Elaeres Marques, *A doutrina das questões políticas no Supremo Tribunal Federal*, dissertação de mestrado apresentada à Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, 2004. Disponível em <http://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/87028>, acesso em 08/09/2018.