

PEC Nº 3/2011. UM SALUTAR FREIO AO ATIVISMO JUDICIAL PREDATÓRIO OU UM RETROCESSO A EFETIVAÇÃO DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS DESPRESTIGIADAS PELO LEGISLADOR

José Antonio Gomes Ignacio Junior ¹

Sumário: Introdução 1) Do jusnaturalismo ao positivismo 2) O pós-positivismo 3) A pratica brasileira 5) O ativismo judicial praticado no Brasil 6) A PEC 3/2011 e a separação dos poderes. Conclusão.

Resumo: A pretexto da manutenção das garantias constitucionais do cidadão, não é possível a retirada das prerrogativas funcionais dos legitimados pela Constituição Federal. Pode-se admitir como exceção o ente constitucionalmente incumbido do *judicial review*, ou seja, o STF, porem somente nas previsões da Carta Magna (Mandado de Injunção e Súmulas Vinculantes). Atualmente nosso Judiciário se roga à função de legislador ativo com uma frequência cada mais assustadora - trata-se do fenômeno norte americano do ativismo judicial. Essa judicialização da política chega ao ponto de ser praticada por julgadores monocráticos de primeira instancia, não os desmerecendo, muito pelo contrário, mas a singularidade do julgador

¹ Advogado; Professor de pós-graduação (PROJURIS/FIO) e graduação (EDUVALE/AVARÉ); membro do Conselho Editorial da Revista de Direito do Instituto Palatino; membro do Conselho Editorial da Revista Acadêmica de Ciências Jurídicas da Faculdade Eduvale Avaré - Ethos Jus; Co-autor da obra “Ativismo Judicial - Paradigmas Atuais” (2011), Letras Jurídicas; membro do Grupo de Pesquisa: “A intervenção do Estado na vida do indivíduo”; mestrando em Teoria do Direito e do Estado (UNIVEM); Pós-graduado em Direito Tributário (UNIVEM) e Publico (IDP); Graduado em Administração (FCCAA) e Direito (FKB). gomes@gomesignacio.adv.br

amplia a margem de possibilidade do erro em julgando, próprios dos seres humanos, e por essa condição é que ocorrerem e ocorrerão. Para eventualmente o julgador se rogar à função de legislador ativo, mister previsão constitucional, o que somente ocorre para o STF. Essa ampliação da prática do ativismo judicial, em especial pela prática regulamentar, levou o legislador constituinte a se movimentar no sentido de tentar emendar a CF para evitar uma interpretação diversa do enunciado normativo, como tem ocorrido frequentemente. Esse movimento se dá através da Proposta de Emenda Constitucional nº 03/2011, que altera o inciso V do artigo 49 da CF, ampliando o poder de sustação dos atos exorbitantes não só do Poder Executivo, mas também do Judiciário. Para uma compreensão desse fenômeno típico do *common law*, que levou o Congresso a se movimentar, é importante uma breve e sintética busca dos postulados do jusnaturalismo e do positivismo, para chegarmos ao atual pós-positivismo, e aí sim, clarear quais seriam as possibilidades de troca dos legitimados para a efetiva concretude dos direitos fundamentais, sem desfigurar a separação dos poderes. Ainda mostra-se relevante para a compreensão ampla do tema, pequena e singela digressão a respeito dos modelos estrangeiros, especialmente nos países anglo-saxões. Por fim, uma abordagem crítica do tema tenta levar a conclusão da necessidade da imposição de limites ao ativismo predatório, entendido aquele concretizado fora dos limites constitucionais, o que, *data máxima vênia*, fere de morte a separação dos poderes, justificando pois a alteração da CF.

Palavras-Chave: Ativismo Judicial. PEC 3/2011. Separação dos Poderes.

Abstract: On the pretext of maintaining the constitutional guarantees of citizens, it is not possible to remove the prerogatives of functional legitimized by the Constitution. This anomalous

situation occurs specifically when the Judiciary legislation positively. It may be admitted as an exception to the practice of being constitutionally mandated judicial review, ie, the STF, but only in the predictions of the Magna Carta (Writ of Injunction and binding precedents). Currently our judiciary to pray to the role of legislator with an increasingly alarming rate - it is the North American phenomenon of judicial activism. This judicialization of politics, gets to the point of being practiced by monocrotic judges of first instance, not unworthy, quite the opposite, but the uniqueness of the judge leaves room for quite harmful effects *judicatus in erro*, human beings themselves, and for this condition is occurring and will occur. For possibly the judge to plead to the active role of legislator, mister constitutional provision, which only occurs for the STF. This expansion of the practice of judicial activism, took the constitutional legislator to move in order to amend the CF to avoid a different interpretation of the statement of standards, as has occurred frequently. This movement takes place through the Proposed Constitutional Amendment No. 03/2011, amending section 49 of Article V of the Constitution, extending the power of restraining the exorbitant acts not only of the executive branch, but also the judiciary. For an understanding of this phenomenon typical of common law, which led Congress to move, it is important to seek a brief summary of the tenets of natural law and positivism, to reach the current post-positivism, and oh yes, clarify what are the possibilities exchange of the legitimate right to the effective concreteness of fundamental rights, without changing the separation of powers. Also shown is relevant to understanding the broad theme, small and simple digression about the foreign models, especially in the Anglo-Saxons. Finally, a critical approach to the subject tries to take the conclusion of the necessity of imposing limits on predatory activism, understood that materialized out of the constitutional limits, which, when full reverence, death strikes the separation of

powers, giving reasons for the change in CF.

Keywords: Judicial Activism. PEC 3/2011. Separation of Powers

INTRODUÇÃO



presente trabalho tem como escopo, fazer breve e sintática análise do ativismo judicial e a possibilidade de sua contenção pela PEC 03/2011. O Brasil passa por uma crise de identidade entre seus poderes, em especial quando o Judiciário invade terreno de atuação específica do Executivo e principalmente do Legislativo, o que aflora latente necessidade de uma revisão dos conceitos basilares dos limites de atuação de cada poder. Essa limitação de atuação inquieta o mundo jurídico, pois em um país cujo sistema é o *civil law*, o ativismo pode não ser adequado. Essa inquietação jurídica nos leva a uma reforma constitucional através da PEC 03/2011, onde o Legislativo se vê obrigado a criar um mecanismo de sustação daqueles atos que usurparam os limites da interpretação da norma, e passaram a efetivamente criá-las. O constitucionalismo desde seu nascedouro contribuiu muito para a construção de uma sociedade mais justa. Inobstante a importância, o advento de nova forma de aplicar o direito constitucional, chamada de neconstitucionalismo, que coteja a aplicação das regras frente ao ordenamento dos princípios, merece a fixação de alguns marcos. ALEXY (2011, p. 87) separa muito bem essas duas espécies de normas, relatando que:

“Há diversos critérios para se distinguir regras de princípios. Provavelmente aquele que é utilizado com mais frequência é o da generalidade. Segundo esse critério, princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente bai-

*xo. Um exemplo de norma de grau de generalidade relativamente alto é a norma que garante a liberdade de crença. De outro lado, uma norma de grau de generalidade relativamente baixo seria a norma que prevê todo preso tem o direito de converter outros presos a sua crença*². “

Em nosso trabalho, procuraremos analisar se a PEC 03/2011 nasce para fixar definitivamente uma fronteira entre a interpretação e a criação, pois a falta de um clareamento desses contornos poderá acarretar um agravamento na relação entre os poderes, conforme sinalizado pela doutrina na voz de RAMOS (2010, p. 110):

*“Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo da função de governo. Não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho Judiciário, e sim da descaracterização da função típica do poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes. A observância da separação dos Poderes importa, dentre diversos outros consectários, na manutenção dos órgãos do Judiciário nos limites da função jurisdicional que lhes é confiada e para cujo exercício foram estruturados*³. “

A par de tais celeumas, a maneira como o Judiciário vem atuando, é preocupante, mormente quando se tenta medir o limite e tamanho dessa exacerbação. Em contraponto temos em muitos casos a concretude de direitos fundamentais, deixados de lado pelo legislador ordinário, o que faz do ativismo uma

² ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 87

³ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 117

evolução do constitucionalismo clássico. Diante dessas situações, pode-se perguntar: a PEC 03/2011 é saudável à nosso ordenamento? A resposta definitiva somente virá com o tempo, caso a mesma seja aprovada pelo Congresso e se torne parte da Constituição. A nosso ver o ativismo deve ter freios, porém esse limite talvez não resida na simples possibilidade de outro poder sustar os atos do Judiciário, porém a PEC talvez seja um sinal de alerta que a judicialização da política ainda não se amolda em nosso sistema de direitos, em especial por nosso país não trazer a tradição dos anglo saxões. Uma vez estabelecido o objeto da investigação, a sua razão de ser e as suas finalidades, a metodologia terá o modelo dogmático de investigação, pautado no raciocínio dedutivo sem desprezo ao indutivo, uma vez que o pluralismo metodológico é uma realidade na ciência do Direito.

1) DO JUSNATURALISMO AO POSITIVISMO

O direito ao longo dos tempos passou por inúmeras formações, recebendo entre tantos, contornos, os chamados naturalistas e os positivistas, mas sempre se questionou a eficácia do modelo adotado, o que não é diferente atualmente. Os ordenamentos criados sob a vontade popular, em síntese, deveriam buscar uma felicidade de seus destinatários, ou nas palavras de BECCARIA (2005, p. 39/40):

“Consultemos a historia e veremos que as leis, que são ou deveriam ser pactos entre homens livres, não passaram, geralmente, de instrumentos das paixões de uns poucos, ou nasceram da necessidade fortuita e passageira; jamais foram elas ditadas por um frio examinador da natureza humana, capaz de aglomerar as ações de muitos homens num só ponto e de considerá-las de um único ponto de vista: a máxima felicidade compartilhada pela maioria”⁴

⁴ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Lucia Guidicini e

As expectativas historicamente não foram atingidas na sua plenitude. Sem prejuízo da forma, todo ordenamento deve buscar uma justeza de acordo com os anseios de seus jurisdicionados. Para KANT (2008, p. 76/77):

*“há necessidade de um principio universal do direito, onde, qualquer ação é justa se for capaz de coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal, ou se na sua máxima a liberdade de escolha de cada um puder coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal.”*⁵

O jusnaturalismo foi pautado nessa idéia filosófica que sustenta a validade de norma desde que seja justa. Para BARROSO, o termo “jusnaturalismo” (2010, p. 320):

*“identifica uma das principais correntes filosóficas que tem acompanhado o direito ao longo dos séculos, fundada na existência de um direito natural. Sua idéia básica consiste no reconhecimento de que há na sociedade, um conjunto de valores e de pretensões humanas legítimas que não decorrem de uma norma jurídica emanada do Estado, isto é, independem do direito positivo. Esse direito natural tem validade em si, legitimado por uma ética superior, e estabelece limites à própria norma estatal.”*⁶

BOBBIO (1998, p. 19) a define como:

*aquela segundo a qual uma lei para ser lei, deve estar de acordo com a justiça.*⁷

O jusnaturalismo juntamente com o direito, alavancou significantes avanços sociais, como o Código Civil Frances (Código Napoleônico), editado em 1.804. Ao final do século XIX, com a expansão da ciência e o fortalecimento de uma

Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 39/40

⁵ KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Tradução de Edson Bini. 2ª ed. São Paulo: Edipro, 2008. p. 76/77

⁶ BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 320

⁷ BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 4ª ed. São Paulo: Edipro, 2008. p. 55

nova forma de idéias, que pregava ser o direito a resposta de todos os questionamentos, encontra o jusnaturalismo seu fim. A partir desse momento, surge o positivismo filosófico, lastreado na concepção que a ciência é o único conhecimento válido, abstraído de concepções metafísicas. Aos poucos, o positivismo filosófico fundiu-se com o direito, nascendo o positivismo jurídico. Nos valemos mais uma vez da voz do professor BARROSO (2003, p. 24), que com muita propriedade descreve os contornos dessa fase do direito:

*“O positivismo jurídico foi a importação do positivismo filosófico para o mundo do Direito, na pretensão de criar-se uma ciência jurídica, com objetividade científica, com ênfase na realidade observável e não na especulação filosófica, apartou o Direito da moral e dos valores transcendentais. Direito é norma, ato emanado do Estado com caráter imperativo e força coativa. A ciência do Direito, como todas as demais, deve fundar-se em juízos de fato, que visam ao conhecimento da realidade, e não em juízos de valor, que representam uma tomada de posição diante da realidade. Não é no âmbito do Direito que se deve travar a discussão acerca de questões como legitimidade e justiça.”*⁸

O ápice do positivismo jurídico deu-se com as idéias de KELSEN (2011, p. 67/68), quando da edição de sua clássica obra Teoria Pura do Direito. Nela o autor expõe sua concepção do que seria a essência do direito, e não de um ordenamento em específico:

“A Teoria Pura do Direito é uma teoria do direito positivo. Tão somente do direito positivo e não de determinada ordem jurídica. É teoria geral e não interpretação especial, nacional ou internacional, de normas jurídicas. Como teoria,

⁸ BARROSO, Luiz Roberto (org.); et alii. BARCELLOS, Ana Pula de; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira de. *A nova interpretação constitucional. A nova interpretação constitucional – ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 24

ela reconhecerá, única e exclusivamente, seu objeto. Tentará responder à pergunta “o que é” e “como é” o direito e não à pergunta de “como seria” ou “deveria ser” elaborado. É ciência do direito e não política do direito. Intitula-se Teoria “Pura” do Direito porque se orienta apenas para o conhecimento do direito e porque deseja excluir deste conhecimento tudo o que não pertence a esse exato objeto jurídico. Isso que dizer: ela expurgará a ciência de direito de todos os elementos estranhos. Este é o princípio fundamental do método e parece ser claro. Mas um olhar sobre a ciência do direito tradicional, da maneira como se desenvolveu no decorrer dos séculos XIX e XX, mostra claramente como isso está longe de corresponder à exigência da pureza. De maneira desprovida de todo espírito crítico, o direito se mesclou à psicologia, à biologia, à ética e a teologia. Hoje em dia não existe quase nenhuma ciência especial, em cujos limites o cultor do direito se ache incompetente. Sim, ele acha que pode melhorar sua visão do conhecimento, justamente conseguindo pedir emprestado a outras disciplinas. Com isso, naturalmente, a verdadeira ciência do direito se perde.”⁹

Inobstante seu valor, o positivismo se mostrou ineficiente frente à usurpação de valores fundamentais.

2) O PÓS-POSITIVISMO

O positivismo clássico não atendeu aos anseios da sociedade do século XX, mormente pela não concretude de suas lacunas. Ainda o mundo observou as barbáries do nazismo e do fascismo, onde seus agentes em defesa no tribunal de Nuremberg invariavelmente se escudavam na obediência a um ordenamento jurídico. Mas havia a necessidade de um estado de direito, porém mais eficaz que o originário. As matrizes do

⁹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011. p. 67/68

positivismo não poderiam ser descartadas, e não foram. O estado de direito pode ser definido nas palavras de BOBBIO (apud SUNDFELD, 2011, p. 39), como:

*“um Estado em que os poderes públicos são regulados por normas gerais (as leis fundamentais ou constitucionais) e devem ser exercidos no âmbito das leis que o regulam, salvo o direito do cidadão, recorrer a um juiz independente para fazer com que seja reconhecido e refutado o abuso e o excesso de poder. Assim entendido, o Estado de direito reflete a velha doutrina – associada aos clássicos e transmitida através das doutrinas políticas medievais – da superioridade do governo das leis sobre o governo dos homens, segundo a fórmula *lex facit regem*, doutrina, essa, sobrevivente inclusive da idade do absolutismo, quando a máxima *principis legibus solutus* é entendida no sentido de que o soberano não estava sujeito às leis positivas que ele próprio emanava, mas estava sujeito às leis divinas ou naturais e às leis fundamentais do reino. Por outro lado, quando se fala de Estado de direito no âmbito da doutrina liberal do Estado, deve-se acrescentar à definição tradicional uma determinação ulterior: a constitucionalização dos direitos naturais, ou seja, a transformação desses direitos em direitos juridicamente protegidos, isto é, em verdadeiros direitos positivos. Na doutrina liberal, Estado de direito significa não só subordinação dos poderes públicos de qualquer grau às leis gerais do país, limite que é puramente formal, mas também subordinação das leis ao limite material do reconhecimento de alguns direitos fundamentais considerados constitucionalmente, e portanto em linha de princípio “invioláveis” (esse adjetivo se encontra no art. 2º da Constituição italiana). (...) Do Estado de direito em sentido forte, que é aquele próprio da doutrina liberal, são parte integrante todos os mecanismos constitucionais que impedem ou obstaculizam o exercício arbitrário e ilegítimo do poder e impedem ou desencorajam o abu-*

so ou o exercício ilegal do poder.”¹⁰

Observe-se que BOBBIO, informa a necessidade da positividade dos princípios em uma Constituição, adjetivando inclusive essas normas de “invioláveis”. A esse novo Estado de direito, onde há uma junção de parcela do jusnaturalismo com o positivismo clássico, nasce o pós-positivismo, ou nas palavras de RAMOS (2010, p. 35):

*“Destarte, no lugar desse “superado” positivismo, propõe-se que a Dogmática Constitucional se assente em um assim denominado “pós-positivismo”, entendido como “a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais.”*¹¹

O modelo Kelseniano, talvez tenha padecido de ineficiência ontológica, que não impediu o uso do direito como instrumento da tirania. Caso esse modelo, tivesse em seu bojo, princípios norteadores das regras, o ordenamento impediria sua instrumentalização no massacre de milhares de judeus por exemplo. O período pós segunda guerra, mostrou a necessidade de aproximação do direito com a moral, e tal, parece ocorrer com a constitucionalização dos princípios. Diante da nova ordem, o interprete, na figura do Judiciário, passou a decidir através de um cotejamento entre os princípios e as regras. Esse mecanismo possibilitou o preenchimento de varias lacunas do ordenamento, provocadas por em regra, omissão dos demais poderes, surgindo o fenômeno do ativismo judicial. Essa prática, ainda muito discutida, não pode ser considerada de toda ruim, eis que na inércia recalcitrante dos legitimados para a concretude dos direitos fundamentais, tem se apresentado como efetivadora dessas garantias. Nas palavras de COSTA (2010, p.

¹⁰ BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 2ª ed. São Paulo: Brasiliense. 1998. p. 19

¹¹ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial – Parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p.35

52/53), afirma-se que:

*“ativismo judicial é uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na efetivação dos valores constitucionalmente estabelecidos, ou seja, uma maior atuação do Judiciário em um espaço que, em um primeiro momento, está reservado aos outros poderes.”*¹²

A partir dessa postura, a jurisprudência passa a ser fonte de direito. Em países que adotam o *civil law*, tradicionalmente a jurisprudência não é fonte de direito, cabendo esse papel exclusivamente às normas regularmente positivadas. Já aqueles Estados que adotam o *common law*, como a Inglaterra, as decisões judiciais produzem efetivamente direitos e obrigações. Esse ativismo judicial dos países anglo-saxões, é extenso e amplo, indo da supressão das omissões do Executivo e do Legislativo, até a interpretação teratológica em sentido evolutivo, atuando nas funções típicas desses poderes. RAMOS (2010, p. 110) leciona:

“não há, pois, necessariamente, um sentido negativo na expressão “ativismo”, com alusão a uma certa prática de jurisdição. Ao contrário, invariavelmente o ativismo é elogiado por proporcionar a adaptação do direito diante de novas exigências sociais e de novas pautas axiológicas, em contraposição ao “passivismo”, que, guiado pelo propósito de respeitar as opções do legislador ou dos precedentes passados, conduziria a estratificação dos padrões de conduta normativamente consagrados. Na medida em que no âmbito do common law se franqueia ao Poder Judiciário uma atuação extremamente ativa no processo de geração do direito, torna-se bem mais complexa a tarefa de buscar no plano da dogmática jurídica, parâmetros que permitam identificar eventuais abusos jurisdicionais em detrimento do Poder Legislativo. Daí porque a discussão, como se constata nos Estados Unidos, tende a se deslocar

¹² COSTA, Andreia Elias da. *Estado de direito e ativismo judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 52/53

*para o plano da Filosofia política, em que a indagação central não é a consistência jurídica de uma atuação mais ousada do Poder Judiciário e sim a sua legitimidade, tendo em vista a ideologia democrática que permeia o sistema político norte-americano.”*¹³

Esse o sintético e modesto quadro do ativismo.

3) A PRÁTICA BRASILEIRA

O Brasil, embora tenha uma tradição *civil law*, aos poucos o modelo anglo-saxão se mostra presente, como no julgamento das uniões homoafetivas¹⁴ e da fidelidade partidária¹⁵, além da Corte ter invadido território claro do Poder Executivo ao demarcar terras no caso Raposa Serra do Sol¹⁶. Isso revela de forma muito límpida, o poder normativo do Judiciário. O oráculo de nossa Constituição, dia a dia vem pautando suas decisões nos padrões do *common law*, embora não seja esse o padrão brasileiro. Essa força do Judiciário advém da atual Constituição Federal, que após décadas de regime de exceção, onde o Executivo era o detentor da maior fração do poder de nossa federação, procurou o legislador constituinte de 1988, inserir no pacto, uma gama imensa de direitos e garantias, e ao mesmo tempo confiou ao Judiciário a função de zelar pela observância dessas prerrogativas. A par dessa situação, ainda as funções judiciais foram alargadas, permitindo-se o controle da inconstitucionalidade por ação e por omissão, através de ação direta ou do mandado de injunção. No dizer de SARMENTO (2011, p. 86/87):

“esta sistemática de jurisdição constitucional adotada pelo constituinte favoreceu em larga medida, o processo de

¹³ Op. cit. p.110

¹⁴ BRASIL – Supremo Tribunal Federal - Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal - MS 26.602; MS 26.603 e MS 26.604

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal - ACO 1167

judicialização da política, na medida em que conferiu a qualquer partido político com representação no Congresso, às representações nacionais da sociedade civil organizada e às principais instituições dos Estados-membros, dentre outras entidades, o poder de provocar o STF. Assim, é praticamente impossível que alguma questão relevante seja resolvida no âmbito parlamentar sem que os perdedores no processo político recorram à nossa Corte Suprema, para que dê a palavra final à controvérsia, com base na sua interpretação da Constituição. E tal modelo, vem se aprofundando desde 88, com a criação da Ação Declaratória de Constitucionalidade e a regulamentação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.”¹⁷

Embora nosso Judiciário, venha adotando essa postura pró-ativista, observamos que o faz nos moldes dos princípios constitucionalmente positivados. A questão que ora se coloca em pauta, é se essa atuação deve ter limites. A PEC 03/2011 seria o início de um movimento de freio a esse ativismo, ou uma retaliação de alguns grupos representados no Congresso Nacional e que viram seus interesses mitigados pelo Judiciário? A resposta se apresenta difícil, porém o que não podemos ignorar, é que o ativismo embora em primeira análise se mostre necessário, até pela concretude de direitos fundamentais, não deixa de ser uma invasão do território de outro poder.

4) O ATIVISMO JUDICIAL PRATICADO NO BRASIL

Como ponto positivo do ativismo, podemos realçar entre outros, o prestígio aos direitos fundamentais através desse novo constitucionalismo, que assegura à aplicação imediata de seus postulados no momento da interpretação da regra. Estamos

¹⁷ SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. in: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Coord.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPODIVM, 2011. p. 86/87

diante de um novo raciocínio jurídico, o qual é norteado pela ponderação entre regras e princípios. Entre as críticas, temos as mais diversas, desde o desprestígio a separação dos poderes, até a que indica o aparecimento de um superpoder, que se coloca hierarquicamente acima dos demais, em detrimento ao postulado dos *check and balances*. O certo é que nosso país sempre teve uma tradição constitucional intervencionista, isso desde a Carta de 1934. A atual Constituição não foge a regra. No entender de RAMOS (2010, p. 271):

*“ao Poder Judiciário deveria caber, nesse modelo, o controle jurídico da atividade intervencionista dos demais Poderes. No entanto, sobre ele também recaem as expectativas e pressões da sociedade no sentido da mais célere possível consecução dos fins traçados na Constituição, incluindo a imediata fruição de direitos sociais ou a extensão de benefícios de universalização progressista, concedidos a determinadas categorias ou regiões com exclusão de outras. É nesse sentido que se pode dizer que o próprio modelo de Estado-providência constitui força impulsionadora do ativismo judicial, levando juízes e tribunais a relevar, em algumas situações, a existência de limites impostos pelo próprio ordenamento cuja atuação lhes incumbe, na ilusão de poderem “queimar” etapas, concretizando no presente, o programa que a Constituição delineou prospectivamente.”*¹⁸

O Judiciário busca na realidade a concretização do *welfare state*, que teve sucesso em varias democracias através desse poder. Nosso sistema normativo adota um padrão social sem desprestigiar o liberal. A não concretização pelo Estado de suas funções essenciais (não liberais) leva o Judiciário a se posicionar no exercício de funções típicas do Legislativo e do Executivo. Ainda que não haja omissão dolosa por parte desses poderes, o próprio sistema normativo é rarefeito, não tendo a amplitude possível de contemplar todas as situações hipotéticas.

¹⁸ Op. Cit. p. 271

Nesse sentido, cabe trazer à baila as idéias de Herbert Hart concernentes à *textura aberta* do direito, partindo da tese da “textura aberta” da linguagem defendida por Friedrich Waissman. HART (1994, p. 141/142) preconizava que:

*“além das dificuldades inerentes aos processos de comunicação escolhidos para veicular padrões de comportamento, situações novas não vislumbradas previamente implicarão na existência de uma zona de incerteza e imprecisão inerentes às normas jurídicas.”*¹⁹

O termo *textura aberta*, traduz as incertezas das lacunas do sistema normativo. Embora o *welfare state* guarde relação direta com os outros poderes do Estado, na falta destes, o Judiciário se vê na obrigação de impor o fornecimento de remédios, a concessão de benefícios sociais, a concretização de direitos laborais, etc. Inobstante a necessidade dessa atuação judicial, há certa preocupação quando o Judiciário rompe um princípio fundamental de nossa CF, a separação dos poderes. Concor damos com INGEBOG MAUS (2010, p. 250) quando afirma que:

*“quando a justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social.”*²⁰

Não podemos ter um Poder sem controle.

5) A PEC 03/2011 E A SEPARAÇÃO DOS PODERES

A Proposta de Emenda Constitucional número 03/2011, traz a possibilidade de sustação de atos do Judiciário pelo Le-

¹⁹ HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 2ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p. 141 e 142. In: FERNANDES, Stanley Botti. *Estado de direito e ativismo judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 245

²⁰ Apud CITTADINO, Gisele. *Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes*, in: VIANNA, Luiz Werneck. *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, pag. 20. In: FERNANDES, Stanley Botti. *Estado de direito e ativismo judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 250

gislativo, quando aquele usurpar competência do segundo. A redação que altera o inciso V do artigo 49 da CF mostra-se assim redigida:

Art. 1º O inciso V do art. 49 da Constituição Federal passa a vigorar

com a seguinte redação:

"Art.49.....

.....
V – sustar os atos normativos dos outros
poderes que exorbitem do poder regulamentar
ou dos limites de delegação legislativa;
.....

O objetivo da emenda é claro, frear o ativismo, mas *não qualquer ativismo*, aquele que *usurpar o poder regulamentar*, como *vg* as resoluções da Justiça Eleitoral respaldadas pelo artigo 23 do Código Eleitoral. Ainda a emenda poderá retirar eficácia das delegações normativas. Certamente seu conteúdo material será posto em dúvida quanto á constitucionalidade, onde aparecerão aqueles que digam estar em cheque a separação dos poderes pela ingerência do Legislativo nas atividades fim do Judiciário. Ledo engano. As atividades típicas do Poder Judiciário continuam incólumes a interferências, pois a PEC não visa atingir decisões propriamente ditas, como Acórdãos, sentenças, etc, (funções típicas) mas tão somente aqueles atos normativos (atípicos) do Judiciário, não jurisdicionais, como as resoluções da Justiça Eleitoral, que nada mais são do que normas de conteúdo delegado pelo legislador. Não é novidade que a Justiça Eleitoral extrapola os limites da regulamentação pelas resoluções, como ocorreu no caso da infidelidade partidária (Resolução 22.610), onde o que deveria ser mera ferramenta instrumental, tornou-se uma verdadeira emenda à Constituição, suprimindo direitos políticos por norma infralegal. Não podemos perder de vista também, que as regras editadas sob o palio do artigo 23 do CE, tem efeito *erga omnes*, o que se apresenta

como um vigoroso legislar. Outro exemplo de excesso ocorreu no CNJ, quando em sessão decidida por maioria, revogou o artigo 65, § 2º da LOMN, por entender que o mesmo estaria divorciado na EC 19, estendendo aos magistrados federais por isonomia, benefícios garantidos por lei aos membros do Ministério Público Federal. Vê-se que a PEC não visa somente os atos regulamentares do Poder Judiciário, mas também de todos os órgãos que exerçam poder regulamentar (como atividade atípica), como o Ministério Público, os Tribunais de Contas, o CNJ, etc. Saliente-se que quer o Poder Judiciário ou os demais órgãos retro mencionados, detém déficit democrático, eis que nenhum de seu membros foi eleito, o que lhes retira a possibilidade de invadir seara própria do legitimado – Poder Legislativo. Pela redação original da PEC 03/2011, não vislumbramos ofensa a separação dos poderes, eis que não se esta alvejando atividade fim quer do Poder Judiciário, Executivo ou de outros órgãos, mas sim a atividade atípica, *regulamentar*, desde que excedente às suas metas, o que avistamos infelizmente cada vez mais. A concretude de direitos fundamentais pelo único legitimado constitucionalmente a legislar positivamente, o STF, pode ser garantida através dos controles, das Súmulas Vinculantes, ou de qualquer outra forma de provocação do oráculo da Constituição. O que se mostra como ameaça a separação dos poderes, é o ativismo predatório, aquele que cria normas com efeito *erga omnes* a despeito do déficit democrático dos membros do Poder Judiciário. Muitos serão os que se levantarão contra a PEC sob o manto da aparente ofensa a separação dos poderes. Alegar-se-á ainda, que as garantias fundamentais do cidadão, concretizadas na omissão do legislador por decisões históricas poderão ser aniquiladas. Essas bandeiras não se sustentam. Com já salientado, o Congresso poderá sustar aquelas decisões judiciais (ou não), que extrapolem o *poder regulamentar*. Não vislumbramos essa característica nos julgamentos paradigmáticos do ativismo, como das uniões homo-

afetivas, no direito de greve dos servidores, no aborto de feto anencéfalo, etc. Esse freio poderá sim incidir sobre as resoluções da Justiça Eleitoral que limitam o exercício dos direitos políticos, inseridos no título dos Direitos Fundamentais em nossa Constituição (Título II). Quantos cidadãos perderam e continuam perdendo seus mandatos por se desfiliarem do partido pelo qual se elegeram, muitas vezes em razão de perseguição, e foram tachados de infiéis por um tipo criado por ato meramente regulamentar na Justiça Eleitoral (Resolução 22.610) ? Isso aparenta invasão da competência do Poder Legislativo pelo Judiciário, pura ruptura da separação dos poderes, pois nesse caso específico, o criacionismo foi além da lei, se imiscuiu em matéria constitucional, ou seja, nos direitos políticos negativos, que são nas palavras de SILVA (1999, p. 382):

*“Denominamos direitos políticos negativos àquelas determinações constitucionais que de uma forma ou de outra, importem em privar o cidadão do direito de participação no processo político e nos órgãos governamentais. São negativos precisamente porque consistem no conjunto de regras que negam ao cidadão, o direito de eleger, ou de ser eleito, ou de exercer atividade político-partidária ou de exercer função pública.”*²¹

Respondendo a questão que dá título a este modesto trabalho, sem embargo de opiniões em contrário, a PEC 03/2011, freia aquele ativismo travestido de poder regulamentar, que efetiva e deliberadamente, usurpa competência do Legislativo, como nos casos da Justiça Eleitoral, avocando legitimidade democrática que não detém. Da mesma forma, não ha risco às garantias fundamentais concretizadas por decisões de relevante valor social, para não dizer verdadeiras ações afirmativas, pois nesses casos, não houve atuação regulamentar, mas a *pratica de uma atividade fim do Judiciário*, que não é objeto da preten-

²¹ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 382

sa mutação constitucional. Enquanto o Judiciário estiver atuando no campo de sua legitimidade, nenhum risco correm suas decisões, porém a invasão da órbita de outro poder torna esse passo inconstitucional, como indica RAMOS (2010, p. 307/308):

“O princípio da separação dos Poderes importa, dentre diversos outros consectários, na manutenção dos órgãos do Judiciário nos limites da função jurisdicional que lhes é confiada e para cujo exercício foram estruturados. A esse propósito, importa ter presente que, em contraposição à função legislativa, a atividade jurisdicional opera em escalão inferior da ordem jurídica e se volta, precipuamente, á atuação de atos normativos superiores, contribuindo, apenas, moderada e limitadamente, na modelagem do conteúdo desses atos. A discricionariedade judicial se distingue, nitidamente, das discricionariedades legislativa e administrativa, correspondendo à liberdade de escolha que se defere ao juiz diante de possibilidade exegéticas consistentes. Floresce ela no espaço que os balizamentos normativos autorizam o julgador a se movimentar, porém com a sensível diferença de que o controle, nesse caso, compete ao próprio órgão que qual foi deferido o poder discricionário, o que não significa que possa, em harmonia com o sistema, tudo fazer.”²²

CONCLUSÃO

A par do exposto, temos que o ativismo surgiu no Brasil diante da necessidade da concretização de vários direitos previstos na Constituição Federal, e não efetivados por omissão do legislador. Embora nosso sistema de direitos seja o *civil law*, onde a principal fonte de direitos é a lei, o ativismo típico dos países com tradição anglo saxônica, onde os precedentes (jurisprudência) são essa fonte, vem aos poucos se instalando,

²² Op. Cit. p. 307/308

porém sem a estrutura histórica e judicial dos países adeptos do *common law*. Essa mudança tem suas virtudes, como acima exposto, mas também traz alguns malefícios, como uma invasão clara do terreno de outros poderes constitucionalmente instituídos, o que deflagra um constrangimento jurídico. O Texto Magno autoriza com exclusividade o Supremo Tribunal Federal a legislar positivamente, o que ocorre através do Mandado de Injunção e das Súmulas Vinculantes, sendo defeso sob a ótica constitucional a qualquer outro órgão do Judiciário se rogar a essa função, exceção feita à atuação como legislador negativo. Por esse viés, a prática do ativismo judicial fica adstrita unicamente ao oráculo da Constituição. Porém essa não é a discussão neste momento. O que estamos a analisar é a extensão da PEC 03/2011, que permite ao Legislativo sustar atos normativos dos demais poderes que extrapolem essa característica. Ao contrário dos desafetos da proposta, sua objetividade não é acabar como o ativismo salutar, *assim entendido aquele praticado nos limites da Constituição Federal*, como os julgamentos recentes do STF garantindo direitos fundamentais marginalizados pelo legislador, como o reconhecimento das uniões homoafetivas, do direito de greve dos servidores, do direito da mãe abortar um feto anencéfalo, além de inúmeros outros. O motivo da apatia legislativa é conhecido e claro. Como os membros do corpo legislativo exercem cargos eletivos, os interesses defendidos guardam estreita relação com o de seus eleitores, e muitos grupos reacionários ou afetos a determinadas religiões, compõe esse eleitorado. Daí a conclusão que certos direitos previstos como princípios na Constituição, tão cedo não serão efetivados pelo legislador por contrariar esses interesses sectários, e aí cabe ao Judiciário, através do STF, suprimir esse déficit de legitimidade. A PEC não visa atingir esse ativismo, mas aquele praticado pelo abusivo exercício do poder regulamentar, como no caso da Justiça Eleitoral, que apoiada em uma norma pré-constituente, o Código Eleitoral (artigo 23),

edita resoluções com efeito *erga omnes*, atuado como legislador ativo, suprimindo direitos e criando ritos processuais (v.g. Resolução nº 22.610). Essa espécie de ativismo que a PEC visa inibir, e restabelece ao Legislativo a função típica que a Constituição lhe conferiu. Certamente será questionada a constitucionalidade material da proposta, como se a finalidade fosse a ingerência do legislador nas atividades fim do Judiciário, porém não estamos diante dessa situação, mas sim da preservação da separação dos poderes imposta pelo artigo 2º da Constituição Federal. A PEC certamente fortalecerá essa independência, pois o silêncio do legislador diante de uma manifestação do Judiciário implicará em reconhecimento da legitimidade do ato (normativo), fortalecendo o necessário diálogo entre os poderes. Em conclusão, a PEC não se imiscui na atividade fim do Judiciário, mas na atípica, de caráter regulamentar, que eventualmente ultrapasse os limites da lapidação da vontade legislativa.



REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 87
- BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 320
- BARROSO, Luiz Roberto (org.); *et alii*. BARCELLOS, Ana

- Pula de; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira de. *A nova interpretação constitucional. A nova interpretação constitucional – ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: RENOVAR. 2003. p. 24
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. São Paulo: IBDC. 1997. 167 p.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 39/40
- BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 2ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1998. p. 19
- BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 4ª ed. São Paulo: Edipro, 2008. p. 55
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3999. 12/11/2008
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3999. 12/11/2008
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3999. 12/11/2008
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3999. 12/11/2008
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 144
- BRASIL – Supremo Tribunal Federal - Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal - MS 26.602; MS 26.603 e MS 26.604
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal - ACO 1167
- BRASIL – Constituição (1988) - Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador: I - que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior; II - cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar; III - que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta

autorizada; IV - que perder ou tiver suspensos os direitos políticos; V - quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição; VI - que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado. In: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm

BRASIL – Constituição (1988) - Art. 121. Lei complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais. In: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm

CITTADINO, Gisele. *Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes*, in: VIANNA, Luiz Werneck. *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, pag. 20. In: FERNANDES, Stanley Botti. *Estado de direito e ativismo judicial*. São paulo: Quartier Latin, 2010. 250 p.

COSTA, Andreia Elias da. *Estado de direito e ativismo judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 52/53

HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p. 141 e 142. In: FERNANDES, Stanley Botti. *Estado de direito e ativismo judicial*. São Paulo: Quartier Latin. 2010. 245 p.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Tradução de Edson Bini. 2ª ed. São Paulo: Edipro, 2008. p. 76/77

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 67/68

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial – Parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 110

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito publico*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 39

SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: ris-*

cos e possibilidades. in: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Coord.). *As novas faces do ativismo judicial.* Salvador. JusPODIVM. 2011. p. 86/87