

**LIMITES AO ATIVISMO JUDICIAL NO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO: UMA ANÁLISE DA INTERPRETAÇÃO DO STF
SOBRE A PERDA DE MANDATO PARLAMENTAR NA AP 470**

**LIMITS ON JUDICIAL ACTIVISM IN THE STATE THE DEMOCRATIC RIGHT:
AN ANALYSIS OF THE SUPREME COURT'S INTERPRETATION OF THE LOSS
OF PARLIAMENTARY MANDATE IN THE AP 470**

André Araujo Barbosa¹

Eduardo Rocha Dias²

RESUMO

O núcleo constitucional dos direitos e garantias fundamentais representa a segurança da preservação do Estado Democrático de Direito independente de maiorias parlamentares ocasionais. O Judiciário assume um papel proeminente diante da Carta Constitucional em vigor no Brasil, com a função de dar concretude aos direitos e valores presentes na lei maior. Com uma Constituição analítica como a brasileira, a judicialização de questões ligadas ao jogo político acaba sendo inevitável. O reconhecimento, entretanto, do Poder Legislativo como espaço democrático e do debate político é condição fundamental para o fortalecimento democrático. Decisões do Judiciário, como a que negou vigência ao art. 55, §2º, da Constituição Federal de 1988, que desvirtuam o texto constitucional e enfraquecem o Poder Legislativo não são salutares para a democracia e criam o risco da implantação, na prática, de uma ditadura da toga. Este artigo busca, portanto, a partir de uma perspectiva hermenêutica, examinar a fundamentação de tais decisões da Corte Suprema brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: Judicialização da política; Ativismo judicial; Interpretação constitucional.

ABSTRACT

The core of the constitutional rights and fundamental guarantees represents the security of preserving the democratic State of law regardless of occasional parliamentary majorities. The judiciary plays a prominent role on the Constitutional Charter in force in Brazil, with the

¹ Mestrando em direito constitucional pela Universidade de Fortaleza. Promotor de Justiça do Juizado Especial de Fortaleza. Pesquisador do Laboratório de Ciências Criminais da Universidade de Fortaleza. E-mail: andrempe1@gmail.com

² Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa. Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Fortaleza. Procurador Federal. E-mail: eduardordias@hotmail.com

function to make effective the rights and values present in the higher law. With an analytical Constitution like the Brazilian, judicialization of issues related to the political game is inevitable. The recognition, however, of the legislature as a democratic space where political debate takes place is an essential condition for the strengthening of democracy. Judicial decisions, such as the one which denied validity to the art. 55, § 2, of the Federal Constitution, which detract from the constitutional text and weaken the legislative branch, are not healthy for democracy and create the risk of implementation in practice of a judicial dictatorship. This article tries, from a hermeneutic perspective, to examine the arguments adopted in such decisions of the Brazilian Supreme Court.

KEYWORDS: Judicialization of politics; Judicial activism; Constitutional interpretation.

INTRODUÇÃO

O presente artigo vai abordar o papel do Judiciário, e particularmente do STF, a partir da Constituição de 1988, buscando diferenciar a judicialização da política do ativismo judicial e, ainda, do decisionismo e da discricionariedade do julgador, buscando verificar se o Supremo Tribunal Federal (STF) tem atuado, em alguns casos, de forma contrária ao que determina a Constituição e ainda com prepotência em relação principalmente ao Legislativo, assumindo de forma perigosa o espaço da política e colocando aquele Poder em uma posição subalterna.

Na primeira parte, far-se-á uma contextualização do papel importante que a Constituição de 1988 atribuiu ao Poder Judiciário e, conseqüentemente, ao guardião da Constituição, no caso o STF. A efetividade das normas constitucionais e dos direitos fundamentais passou a ocupar um papel nuclear na ordem jurídica e política do país. O resultado disto é o aumento das demandas judiciais com base direta nas normas constitucionais e ainda o confronto das próprias políticas públicas com as diretrizes da Constituição, o que se chama de judicialização da política. Por outro lado, a maior importância atribuída ao Poder Judiciário não pode representar a preponderância deste Poder sobre os demais, nem que o espaço da política por excelência, no caso o Legislativo, seja menosprezado, ou até mesmo desconsiderado, sob o risco de atingir o próprio Estado Democrático de Direito.

No segundo tópico, serão abordadas decisões do STF que atingem frontalmente a Constituição, em virtude de a interpretação nelas adotada não se comportar no texto constitucional. O foco principal é a decisão do Supremo que determinou a perda de mandato parlamentar para deputados federais condenados criminalmente em definitivo, independente

de manifestação do Legislativo, em afronta direta ao art. 55, §2º da Constituição Federal, o que representa um risco de se criar um superpoder, que tem inclusive a última palavra para impor os seus próprios limites, situação esta que sempre acaba pondo em risco a própria democracia.

Em conclusão, buscar-se-á determinar se a atuação do Supremo Tribunal Federal guarda consonância com uma prática hermenêutica constitucionalmente adequada ou se pende perigosamente para uma postura ditatorial no concerto dos poderes da República.

1. A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O ATIVISMO JUDICIAL

A evolução democrática e o fenômeno da constitucionalização do direito, principalmente a partir da segunda metade do século XX, refletiram-se nos diversos campos jurídicos, alterando paradigmas, institutos e concepções. Os direitos fundamentais passaram a ocupar o lugar central no ordenamento jurídico, irradiando sua influência na produção, interpretação e aplicação das normas jurídicas. Se antes as normas constitucionais eram vistas como diretrizes políticas, valores a serem perseguidos, sem caráter cogente, hoje a força normativa da Constituição é uma realidade que se impõe, ao menos no nível retórico e simbólico.

A ideia de supremacia da Constituição e da necessidade de concretização do texto constitucional, juntamente com a os termos vagos e abertos utilizados na formulação de alguns direitos e previsões constitucionais, colocaram a questão da interpretação constitucional na ordem do dia.

A incorporação de novos direitos e garantias fundamentais ao texto constitucional, inclusive de caráter prestacional, levou a que questões antes vinculadas ao terreno da política passassem a ser tratadas como questões jurídicas. No Brasil, a Constituição de 1988 elencou um extenso rol de direitos e garantias e admitiu a ampliação destes a partir da interpretação dos valores explicitados na Carta. Como consequência, o Poder Judiciário passou a ser mais acionado para fazer valer direitos e ainda para promover a interpretação das leis elaboradas pelo Poder Legislativo à luz dos princípios e valores constitucionais.

Luís Roberto Barroso (2008, p.2) aponta como efeitos do chamado neoconstitucionalismo: o reconhecimento de força normativa à Constituição; a expansão da jurisdição constitucional; o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação

constitucional. Crítico da noção de neoconstitucionalismo, Lenio Luiz Streck (2012, p. 35-37), por outro lado, defende que o termo dá ensejo a “ambiguidades teóricas” e “mal-entendidos”, por haver incentivado uma recepção acrítica da teoria da argumentação de Robert Alexy, do ativismo judicial norte-americano e da jurisprudência dos valores, de origem germânica. Criado por constitucionalistas espanhóis com o objetivo de afirmar a força normativa da Constituição, o termo acabou gerando, no Brasil, uma patologia, representada pela exacerbação do protagonismo judicial, uma busca de efetividade a partir de uma concretização *ad hoc* da Constituição e uma “pretensa constitucionalização do ordenamento a partir de jargões vazios de conteúdo e que reproduzem o prefixo *neo* em diversas ocasiões”, transformando o Judiciário na instância que revela os “verdadeiros valores” que definem o justo no direito. O autor prefere a expressão “Constitucionalismo Contemporâneo”, que parece realmente ser mais adequado, como aquela que deve abranger o movimento que originou as constituições do segundo pós-guerra. Materializa-se no advento do Estado Democrático de Direito e na reformulação da posição relativa da lei frente à Constituição, incorporando ainda os princípios na teoria da norma e impondo um combate aos decisionismos e subjetivismos no campo da teoria da interpretação.

Dentro do contexto do Estado Democrático de Direito, o julgador assume uma posição de relevo, tendo a incumbência de garantidor da efetividade da norma constitucional, independentemente, em alguns momentos, do concurso do legislador, quando necessário para fazer valer os direitos fundamentais. De toda a sorte, o julgador também exerce poder, e como tal deve ser limitado, sob pena de seu ativismo extremado e de um abuso de sua discricionariedade, redundarem em desequilíbrio no concerto dos poderes.

Lênio Luiz Streck, em entrevista ao *site* Consultor Jurídico, analisou o papel do Judiciário diante da Carta Magna de 1988 e concluiu que esse protagonismo nasce dentro de um espaço concedido pela própria política:

A Constituição é analítica em face do contexto histórico em que foi editada. A desconfiança para com o legislador ordinário e para com o próprio Poder Executivo fez com que fossem colocados no texto da Constituição direitos que até então o Brasil nem sonhava alcançar. Por isso, o processo constituinte foi ruptural. Ao lado de direitos em abundância, também foram aumentadas as formas de acesso à Justiça. Resultado: quanto mais detalhada a Constituição, menor a liberdade de conformação do legislador. E, na medida em que aumentam as demandas por direitos, cresce o papel do Judiciário. Numa palavra: a intervenção do Judiciário é produto do espaço concedido pela política. (2009, online)

A judicialização da política e das relações sociais no Brasil é um fenômeno que pode ser considerado recente, nascendo principalmente a partir da Constituição de 1988, que colocou o Poder Judiciário em uma posição proeminente na consolidação da democracia e na concretização de direitos fundamentais. A ideia democrática supera a percepção exclusiva do interesse da maioria para conceder importância fundamental também aos interesses da minoria, inclusive com a prevalência destes quando estiverem de acordo com os princípios constitucionais e em nome do princípio da igualdade. Robert Alexy (2001, p. 432-435) destaca que uma concepção formal geral de direitos fundamentais permite vislumbrá-los como posições tão importantes para o Direito Constitucional que sua concessão ou denegação não pode ficar nas mãos da maioria parlamentar.

Dworkin (2006, p.26) aponta que a premissa majoritária não pode ter absoluta prevalência, sendo que mesmo os que a exaltam, como norte da democracia, são obrigados a admitir que, em certas ocasiões, a vontade da maioria não deve prevalecer. A concepção constitucional da democracia, que é qualitativa, pois intimamente vinculada à igualdade, resulta que o objetivo da democracia não é simplesmente a expressão da vontade majoritária, mas sim que as instituições dediquem o mesmo respeito e consideração a todos os indivíduos. Logo, quando for necessário para restaurar a igualdade, a democracia deve valer-se de instrumentos não majoritários.

É inegável ainda que diante da crise do modelo de democracia representativa, há uma tendência de deslocamento das questões relativas a direitos fundamentais do âmbito do parlamento para o foro dos Tribunais. Desse contexto emergem dois importantes fenômenos: a chamada judicialização da política e o ativismo judicial, sendo que este último quando exacerbado culmina com o que se chama de decisionismo e subjetivismo do Poder Judiciário, capaz de vulnerar o próprio princípio democrático.

Para Luís Roberto Barroso (2008, p.3-4), recentemente nomeado ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), a judicialização e o ativismo judicial guardam semelhanças, mas têm origens e causas diferentes. No contexto brasileiro, a judicialização da política decorre do modelo constitucional que se adotou e da própria força normativa presente na Constituição. Já o ativismo seria uma atitude, a escolha de um modo específico de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Geralmente, está ligado ao protagonismo do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, manifestando-se por condutas como a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto, declaração de inconstitucionalidade de atos oriundos do

legislador, com base em critérios menos rígidos que os de ostensiva violação da Constituição e a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Thamy Pogrebinski (2000, p.122) considera como juiz ativista aquele que “a) use seu poder de forma a rever e contestar decisões dos demais poderes do Estado; b) promova, através de suas decisões, políticas públicas; c) não considere os princípios da coerência do direito e da segurança jurídica como limites a sua atividade”.

O ativismo seria uma postura da instituição, a partir dos seus membros, uma forma ativa de atuar na consecução dos direitos e previsões constitucionais, inclusive ampliando o sentido e o alcance destas. Passa o Judiciário, diante da omissão ou timidez do legislador, inclusive a atuar como legislador positivo, construindo normas gerais para regular comandos constitucionais. Lênio Streck demonstra preocupação com o excesso de judicialização e ainda de protagonismo exacerbado do STF:

“A analiticidade da Constituição e as demandas por mais leis e pela realização imediata de direitos junto ao Judiciário tiveram e têm conseqüências cada vez maiores. Com isso, tudo se judicializa. Na ponta final, ao invés de se mobilizar e buscar seus direitos por outras vias (organização, pressões políticas, etc.), o cidadão vai direto ao Judiciário, que se transforma em um grande guichê de reclamações da sociedade. Ora, democracia não é apenas direito de reclamar judicialmente alguma coisa. Por isso é que cresce a necessidade de se controlar a decisão dos juízes e tribunais, para evitar que estes substituam o legislador. E nisso se inclui o STF, que não é — e não deve ser — um superpoder”. (2009, ONLINE).

O ativismo judicial pode trazer bons frutos, mas deve ser, como apregoa Barroso, pontual, uma vez que a democracia precisa de uma atividade política intensa, que por natureza tem o foro institucional no parlamento.

“O fenômeno tem uma face positiva: o Judiciário está atendendo a demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo parlamento, em temas como greve no serviço público, eliminação do nepotismo ou regras eleitorais. O aspecto negativo é que ele exhibe as dificuldades enfrentadas pelo Poder Legislativo – e isso não se passa apenas no Brasil – na atual quadra histórica [...] Decisões ativistas devem ser eventuais, em momentos históricos determinados. Mas não há democracia sólida sem atividade política intensa e saudável, nem tampouco sem Congresso atuante e investido de credibilidade” (2008, p.9-10).

É fato que a valorização das Constituições, a partir do reconhecimento de sua força normativa e de seu papel como limite do poder, principalmente do próprio Legislativo, retirou a democracia do campo apenas político e colocou as questões democráticas dentro do âmbito também jurídico. As dúvidas e incertezas sobre o protagonismo do Judiciário são discutidas desde a Constituição alemã de Weimar, na polêmica travada entre Carl Schmitt e Kelsen sobre quem seria o guardião da Constituição.

Schmitt (2007, p.33) considerava que os juízes, na medida em que passam a trabalhar com cláusulas gerais ou conceitos indeterminados, assumem funções políticas incompatíveis com a magistratura, perdendo sua independência, pois a politização da justiça é prejudicial a esta. O Judiciário seria incapaz de suprir as insuficiências do Poder Legislativo, pois só age *post factum*. Para Schmitt (2007, p.47) os juízes não podem querer resolver certos problemas políticos, pois o Judiciário carece de estrutura para tanto, e não pode sintetizar o espírito do povo em suas sentenças.

Alguns autores até defendem o ativismo, diferenciando-o do decisionismo, que seria o momento em que o julgador passa a atuar exclusivamente dentro da sua esfera de subjetividade e busca substituir o legislador, e atua positivamente na formulação de norma constitucional, mesmo e apesar da atuação daquele, muitas vezes contrariamente à própria Constituição. A questão é que o decisionismo é o passo seguinte de um ativismo que se prolonga no tempo e passa a ser cotidianamente exercido. Streck, por exemplo, equipara ativismo e decisionismo como sinônimos, mas defende as posturas ativas concessivas de direitos, visando à concretização da Constituição.

Ele entende que a judicialização é até uma exigência em um país com a realidade do Brasil, mas que não se pode confundir a atuação do Judiciário em um grande número de questões ou para fazer valer os direitos fundamentais com o ativismo judicial.

“Judicialização é contingencial. Num país como o Brasil, é até mesmo inexorável que aconteça essa judicialização (e até em demasia). Mas não se pode confundir aquilo que é próprio de um sistema como o nosso (Constituição analítica, falta de políticas públicas e amplo acesso à Justiça) com o que se chama de ativismo. O que é ativismo? É quando os juízes substituem os juízos do legislador e da Constituição por seus juízos próprios, subjetivos, ou, mais que subjetivos, subjetivistas (solipsistas). No Brasil esse ativismo está baseado em um catálogo interminável de “princípios”, em que cada ativista (intérprete em geral) inventa um princípio novo. Na verdade, parte considerável de nossa judicialização perde-se no emaranhado de ativismos” (2009, p.15).

Mesmo entre os que defendem uma postura ativista do Judiciário, admite-se que é preciso algum tipo de limitação, sob pena de levar o país a uma ditadura da toga. À euforia constitucional dos últimos anos é preciso contrapor os riscos de afetação e desgaste da própria ideia democrática.

Parece inquestionável que a atividade do aplicador da norma não se restringe a descobrir a intenção do legislador, ou a se resumir ao aspecto literal do texto da norma. Quem interpreta, também participa do processo de concretização do direito, de criação da norma. Se essa é uma realidade da norma jurídica em geral, no caso da norma constitucional, pela própria tessitura aberta, permeada de princípios, a atividade interpretativa ganha contornos nítidos de atividade criativa. Eros Grau (2002, p.22) enuncia que o processo interpretativo não é declaratório do que seria o real ou verdadeiro sentido do texto normativo, pois constitui processo criativo ou constitutivo da norma. A não identidade entre norma e texto da norma é apontada também por Friedrich Müller (2005, p. 38 e 57), que destaca que o texto da norma, o enunciado normativo ou o aspecto literal, serve para a formulação do programa normativo. Já o âmbito da norma, ou seja, os aspectos da realidade fática objeto da regulação, é apenas sugerido pelo texto da norma. A normatividade, por sua vez, é mais ampla e resulta de dados extralinguísticos. Propõe o autor uma metódica estruturante do direito, pelo qual este é concretizado, apreendendo os elementos do programa da norma e do âmbito da norma e desenvolvendo um trabalho controlável de decisão, fundamentação e representação das funções jurídicas.

Para Konrad Hesse (1992, p.9), “Toda Constituição é Constituição no tempo: a realidade social, a que vão referidas suas normas, está submetida à mudança histórica e esta, em nenhum caso, deixa incólume o conteúdo da Constituição”. Daí porque “interpretação constitucional é concretização”, porquanto “precisamente o que não aparece de forma clara como conteúdo da Constituição é o que deve ser determinado mediante a incorporação da realidade de cuja ordenação se trata”. Na ótica do autor, o caráter aberto e fragmentado da Constituição implica que sua interpretação “não pode ser simples execução de algo preexistente” (1992, p.40-42).

O desafio que se coloca é saber os limites de atuação do intérprete. Costuma-se dizer que a Constituição é aquilo que o STF diz que ela é, na medida em que ele atua como guardião da Carta Magna. Mas será que a interpretação dos comandos constitucionais deve ficar ilimitadamente sujeita ao subjetivismo e à discricionariedade dos 11 ministros do

Supremo? Onde residiria o limite da atuação criativa e concretizadora da norma constitucional?

Para Friedrich Muller (2005, p.38-39), é preciso diferenciar norma e texto da norma. Este último representa tão somente o ponto de partida do processo de interpretação, expressando o programa normativo dado pelo ordenamento, mas demarca também as fronteiras até onde a interpretação pode ir.

“Por razões ligadas ao Estado de Direito, o possível sentido literal circunscreve, não em último lugar no Direito Constitucional, o espaço de ação de uma concretização normativamente orientada que respeita a correlação jusconstitucional das funções. O teor literal demarca as fronteiras extremas das possíveis variantes de sentido, funcionalmente defensáveis e constitucionalmente admissíveis. Decisões que passam claramente por cima do teor literal da Constituição não são admissíveis. O texto da norma de uma lei constitucional assinala o ponto de referência de obrigatoriedade ao qual cabe precedência hierárquica em caso de conflito” (2005, 64-65).

Streck (2012, p.43) adverte que a afirmação de que o intérprete sempre atribui sentido ao texto nem de longe pode significar que ele está autorizado a atribuir sentido de forma arbitrária, como se texto e norma estivessem separados. Nessa mesma linha, Hesse (1987, p.23) defende que “uma mudança das relações fáticas pode ou deve, provocar mudanças no sentido da Constituição. Ao mesmo tempo, o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e, por conseguinte, o limite de qualquer mutação normativa”. Assim, o teor do texto desempenha uma função de representar um limite ao poder do julgador ao longo do tempo. Canotilho entende que se admite alteração no âmbito ou esfera da norma desde que o programa normativo permita, sendo indevidas alterações manifestamente incabíveis dentro dos limites comportáveis pelo texto. (1986, p.10)

Como afirma Hans-Georg Gadamer, a respeito da tarefa hermenêutica (2010, p. 66), quem pretende compreender um texto deve estar disposto a deixar que ele diga algo, ou seja, a reconhecer, sua alteridade. Mas tal posição não pressupõe passividade, devendo o intérprete buscar se precaver de suas próprias opiniões e preconceitos.

O ministro do STF, Gilmar Mendes (a manifestação dele em alguns casos no STF difere do pensamento aqui expresso), na obra *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, traz ensinamento lapidar.

“[...]ao aplicador do direito, por mais ampla que seja a sua necessária liberdade de interpretação, não é dado, subjetivamente, atribuir significado arbitrário aos

enunciados normativos, indo além do sentido linguisticamente possível, que é conhecido e/ou fixado pela comunidade e, assim, deve funcionar como limite objetivo da interpretação[...] Nessa perspectiva, em que o respeito à autonomia do texto é indispensável à objetividade e controlabilidade da interpretação, a letra da lei possui uma dupla finalidade, funcionando, por um lado, como ponto de partida da elucidação do sentido pelo intérprete e, por outro, definindo os limites postos à sua atividade interpretativa”. (2002, p.76;78)

A norma já se encontra, pelo menos em parte, latente no texto normativo. O texto baliza o espaço de movimentação do intérprete; constitui a referência de sua interpretação. (GRAU, 2002, p.73). No mesmo sentido, Luís Roberto Barroso (1999, p.85), que considera que “não é possível ao intérprete torcer o sentido das palavras nem adulterar a clara intenção do legislador”.

2. INTERPRETAÇÃO INCOMPORTÁVEL DA CONSTITUIÇÃO NO CASO DE PARLAMENTAR CONDENADO DEFINITIVAMENTE

O Supremo Tribunal Federal tem atuado de forma bastante ativa nos últimos anos, com algumas atuações merecedoras de aplausos. Entretanto, o Tribunal parece não ter compreendido os limites de uma atuação ativa e tem ingressado em searas perigosas e se posicionado de forma questionável em alguns casos. A decisão aqui tratada surgiu na Ação Penal 470, cujo relator foi o ministro Joaquim Barbosa, onde por maioria mínima de 5x4 entendeu o STF, em contrariedade ao texto expresso da Constituição, que a condenação criminal transitada em julgado, com a declaração de perda de mandato eletivo de deputados e senadores, produz efeitos, independente do pronunciamento do Legislativo Federal. Este entendimento foi modificado no caso seguinte e já há a perspectiva de um terceiro entendimento.

Antes de analisar essa decisão, cabe fazer referência a outro julgamento também polêmico que ainda não foi concluído naquela corte, na Reclamação 4335/ AC, que pode modificar, como alerta Streck (2008, p.46), todo o sistema de controle de constitucionalidade, como a noção de poder constituinte, equilíbrio de poderes e sistema federativo. Tal decisão demonstra bem até que ponto um ativismo extremado pode por em risco o equilíbrio entre os poderes. Dois votos foram tomados nesta Reclamação. A do relator, ministro Gilmar Mendes, e do ex-ministro Eros Grau. Eles propõem uma mutação constitucional no entendimento do inciso X do art. 52, da Constituição Federal, que enuncia que compete privativamente ao

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

Essa decisão do Senado refere-se ao controle difuso de constitucionalidade pelo STF, ou seja, a decisão no caso concreto, que não produz efeitos *erga omnes*. O sistema democrático trouxe para as decisões do STF, com efeitos para o caso concreto, a possibilidade de controle do Senado, com o poder de suspender os efeitos da norma julgada inconstitucional.

No voto do ministro Eros Grau, ele defende que o novo entendimento do texto constitucional deve ser que “compete privativamente ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo Supremo Tribunal Federal, de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo”. Assim, uma decisão no caso concreto, por maioria simples passaria a ter efeitos *erga omnes*, cabendo ao Senado a função subalterna de dar publicidade. (STRECK, 2008, p.62)

Lênio Streck (2008, p.50) critica duramente essa postura, pois além de reduzir a competência do Senado à de um órgão de imprensa, traz grave consequência para o sistema de direitos fundamentais, pois estaria atribuindo efeito vinculante a decisões em controle difuso, passando de caráter *ex nunc* para *ex tunc*, ferindo os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório. Ou seja, além de ferir garantias fundamentais, coloca um Poder em posição subalterna e pratica uma mutação da Constituição, ultrapassando as fronteiras da interpretação.

“Em síntese, a tese da mutação constitucional advoga em última análise uma concepção decisionista da jurisdição e contribui para a compreensão das cortes constitucionais como poderes constituintes permanentes. Ora, um tribunal não pode mudar a constituição; um tribunal não pode “inventar” o direito: este não é seu legítimo papel como poder jurisdicional, numa democracia” (2008, 61)

No caso da Ação Penal 470, entre os condenados quatro exerciam mandato de deputado federal (alguns renunciaram). A Constituição de 1988 prevê no art. 15 os casos, em rol taxativo, de perda ou suspensão dos direitos políticos, prevendo no inciso III a condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos, como uma destas causas. Assim, a regra geral é que qualquer cidadão só terá os seus direitos políticos cassados, tratando-se de processo criminal, quando a sentença for definitiva.

O art. 55 enumera causas que ensejam a perda do mandato por deputado ou senador. O inciso VI prevê a perda no caso de condenação criminal transitada em julgado. Ocorre que o § 2º deste artigo dispõe que nos casos dos incisos I, II e VI, a perda do mandato será decidida pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, por voto secreto e maioria absoluta, assegurada ampla defesa. Nos incisos III, IV e V, o §3º dispõe que a perda será declarada.

Tanto a norma do art. 15, quanto do §2º do art. 55 são normas originárias. Surgiram com a promulgação da Constituição. É pacífico na doutrina e jurisprudência do STF que normas constitucionais oriundas do constituinte originário não podem ser declaradas inconstitucionais, logo, deve ser feita uma interpretação que permita compatibilizá-las.

Parece de fácil conclusão que o constituinte originário criou uma situação especial, ao determinar que a perda de mandato de parlamentar federal por sentença criminal transitada em julgado seria da competência da Casa Legislativa. Entretanto, em um julgamento onde o Pleno estava com composição incompleta e por 5x4, o STF decidiu que cabia a ele decretar a perda e a Câmara dos Deputados apenas oficializar a decisão. Segue os principais trechos da decisão:

O Supremo Tribunal Federal recebeu do Poder Constituinte originário a competência para processar e julgar os parlamentares federais acusados da prática de infrações penais comuns. Como consequência, é ao Supremo Tribunal Federal que compete a aplicação das penas cominadas em lei, em caso de condenação. A perda do mandato eletivo é uma pena acessória da pena principal (privativa de liberdade ou restritiva de direitos), e deve ser decretada pelo órgão que exerce a função jurisdicional, como um dos efeitos da condenação, quando presentes os requisitos legais para tanto(...) a atual Constituição estabeleceu os casos de perda ou suspensão dos direitos políticos em norma de eficácia plena (art. 15, III). Em consequência, o condenado criminalmente, por decisão transitada em julgado, tem seus direitos políticos suspensos pelo tempo que durarem os efeitos da condenação. A previsão contida no artigo 92, I e II, do Código Penal, é reflexo direto do disposto no art. 15, III, da Constituição Federal. Assim, uma vez condenado criminalmente um réu detentor de mandato eletivo, caberá ao Poder Judiciário decidir, em definitivo, sobre a perda do mandato. Não cabe ao Poder Legislativo deliberar sobre aspectos de decisão condenatória criminal, emanada do Poder Judiciário, proferida em detrimento de membro do Congresso Nacional. A Constituição não submete a decisão do Poder Judiciário à complementação por ato de qualquer outro órgão ou Poder da República (...) Entendimento que se extrai

do artigo 15, III, combinado com o artigo 55, IV, §3º, ambos da Constituição da República. Afastada a incidência do §2º do art. 55 da Lei Maior, quando a perda do mandato parlamentar for decretada pelo Poder Judiciário, como um dos efeitos da condenação criminal transitada em julgado. Ao Poder Legislativo cabe, apenas, dar fiel execução à decisão da Justiça e declarar a perda do mandato, na forma preconizada na decisão jurisdicional (...) A perda dos direitos políticos é “consequência da existência da coisa julgada”. Consequentemente, não cabe ao Poder Legislativo “outra conduta senão a declaração da extinção do mandato” (STF, AP 470, Rel. Min. Joaquim Barbosa. 22/04/2013)

Alguns trechos do julgado merecem comentários. O primeiro ponto a se destacar é que a decisão enuncia que a perda do mandato eletivo é uma pena acessória da pena criminal principal, como um dos efeitos da condenação, diante da previsão contida no art. 92, I, II, do Código Penal. O STF solucionou o possível conflito de normas, interpretando a Constituição conforme a lei, o que é um contrassenso.

A interpretação conforme a Constituição é uma técnica hermenêutica de análise da legislação infraconstitucional à luz da Carta Magna e jamais a interpretação da própria norma constitucional para se adequar à norma ordinária. É o que recorda Virgílio Afonso da Silva (2006, p.192): “De uma forma geral, quando se fala em interpretação conforme a Constituição, quer-se com isso dizer que, quando há mais de uma interpretação possível para um dispositivo legal, deve ser dada preferência àquela que seja conforme a Constituição” .

No caso em tela, o Supremo buscou a norma Constitucional que mais se adequaria ao dispositivo do art. 92, I, do Código Penal. Diante da norma infraconstitucional efetivou a interpretação do art. 15, III, da Constituição Federal, praticamente excluindo do ordenamento maior a norma do art. 55, VI, §2º. É a inversão absoluta da técnica hermenêutica da constitucionalidade das leis.

Em declarações prestadas ao site da OAB/RJ, Carlos Ari Sundfeld (2013, ONLINE), professor de Direito Administrativo da FGV, se mostrou perplexo com a decisão do Supremo: "A Constituição não quis dar à Justiça o poder de tirar o mandato do deputado". Ele explica que, quando a regra foi feita, logo após a ditadura militar, buscou-se evitar condenações por processos políticos. "A Constituição não confiou inteiramente na Justiça e quis dar à Câmara a última palavra". O professor criticou o posicionamento do STF na AP 470. "O que o Supremo fez no mensalão foi 'forçar a barra' para responder a uma opinião pública insatisfeita com o sistema em geral. Essa interpretação não faz o menor sentido. Se existe uma regra expressa

para o caso dos deputados, então a perda não é automática. Fazer interpretação para eliminar norma é um abuso."

A corte constitucional, no Estado Democrático de Direito, deve reconhecer-se, na lição de Habermas (1997, p.99), como protetora de um processo de criação democrática do direito, e não como guardiã de uma suposta ordem suprapositiva de valores.

Da mesma forma, uma hermenêutica jurídico-constitucional adequada deve buscar a integridade do sistema jurídico, entendida aqui no sentido de Ronald Dworkin (1999, p. 257), ou seja, deve afirmar que o conteúdo moral de um princípio pressupõe o entendimento de que o indivíduo não vive isolado, mas com os outros, e que em uma sociedade pluralista deve-se respeitar as responsabilidades decorrentes da cidadania e da convivência entre as pessoas, à qual abomina a ideia de que os juízes possam decidir com base em suas crenças e valores individuais.

Outro ponto que merece ser destacado no teor da decisão é a parte em que o Supremo se coloca quase como se tivesse poderes ilimitados, abstendo-se de reconhecer a existência de freios e contrapesos no tocante à sua competência, ao dizer que a decisão do Poder Judiciário não se submete à complementação por ato de qualquer outro órgão ou Poder da República. Efetivamente, a decisão condenatória exarada pelo STF não pode e não deve ser revista pelos demais poderes da República. Mas não é disso que se trata. A pena imposta, até mesmo a decretação da prisão, não está sob o controle ou a decisão de nenhum outro Poder. Mas, quanto à perda do mandato parlamentar, a Constituição, de forma inuvidosa, retirou da esfera do Poder Judiciário a palavra final sobre a matéria, colocando-a na alçada do Poder Legislativo. O §2º, do art. 55, é explícito ao dizer que a perda do mandato será decidida pela Casa Legislativa, inclusive colocando um quórum qualificado para deliberação e assegurando ampla defesa.

Streck aponta para os riscos dessa postura do STF:

“O que preocupa neste tipo de pedido de tutela judicial é que ele traz consigo – de modo subterrâneo – uma ideia que tem ganhado terreno e aceitação por parte da dogmática jurídica nacional: a necessidade de se recorrer a “bons ativismos judiciais” para resolver questões que a sociedade em constante evolução acarreta e que os meios políticos de decisão (mormente o legislativo) não conseguem acompanhar [. ..] De plano, salta aos olhos a seguinte questão: a efetivação de uma medida desse jaez importa(ria) transformar o Tribunal em um órgão com poderes permanentes de alteração da Constituição, estando a afirmar uma espécie caduca de mutação constitucional que funcionaria, na verdade, como um verdadeiro processo

de alteração formal da Constituição, reservado ao espaço do Poder Constituinte derivado pela via do processo de emenda constitucional”. (2009, p.77;79)

Posteriormente com a composição completa do Supremo, o deputado federal Natan Donadon foi condenado criminalmente de forma definitiva (STF, AP 396, Rel. Min. Carmem Lúcia) sendo que o entendimento por 6x5, desta vez, foi de que a perda do mandato deve ser decidida pela Câmara dos Deputados. Houve o processamento na Câmara e não foi atingido o quórum de maioria absoluta para cassar o deputado, o que causou indignação popular (a Câmara efetivou nova votação e acabou cassando). Após uma ação para anular a decisão, o ministro Luís Roberto Barroso, que tinha votado anteriormente pela autonomia do Congresso para decidir, criou, em sede liminar, uma terceira interpretação, sem nenhuma base no texto constitucional, decidindo que se a condenação for no regime fechado e o tempo da prisão for superior ao tempo restante do mandato é caso de perda automática deste.

Lênio Streck faz um alerta que merece ficar registrado:

“[...] propugnando sempre pela preservação do grau de autonomia atingido pelo direito e na democracia, pensamos que melhor mesmo é confiar na Constituição e na forma que ela mesma impõe para a sua alteração e à formulação de leis [...] quando a Constituição não diz o que gente quer, não podemos “alterá-la” ou “esticá-la” a partir de princípios construídos ad hoc . Não se altera a Constituição por intermédio de ativismos judiciais. Quem sabe deixemos isso ao parlamento? Ou isso, ou entreguemos tudo às demandas judiciais! Mas, depois, não nos queixemos do “excesso de judicialização” ou de “ativismos”...! Isso, às vezes, é “bom”; e, às vezes, é “ruim”...!” (2009, ONLINE)

Observe-se que a própria Corte Constitucional esquece em alguns momentos a ideia de segurança jurídica e transforma a atividade hermenêutica em um decisionismo e discricionariedade sem limites, ao sabor da repercussão na opinião pública e sem base nas determinações constitucionais.

CONCLUSÃO

A Constituição de 1988, ao conceder *status* constitucional a inúmeros direitos, reconhecendo sua fundamentalidade, imunes inclusive a decisões de maiorias democráticas

ocasionais, reiterou a posição relevante do Supremo Tribunal Federal, em um plano de importância compatível com os demais Poderes da República.

Cabe ao STF efetivar a concretização dos direitos constitucionais, quando acionado, e ainda garantir a coerência e integridade do ordenamento jurídico a partir dos princípios e fundamentos constitucionais. A judicialização da política é assim uma opção do constituinte originário, sendo o STF mais um órgão que deve contribuir para garantir a força normativa da Constituição, na medida em que é seu guardião maior.

Entretanto, a proeminência atual do Supremo tem conduzido a uma superposição de poderes, com o enfraquecimento do Poder Legislativo, e do espaço político e democrático. O ativismo judicial, aplaudido em algumas decisões, por ter a Corte efetivado direitos constitucionais fundamentais, passou a ser uma prática constante, levando em muitos casos a decisionismos e discricionariedades incompatíveis com a ordem constitucional e com o Estado Democrático de Direito. A linha tênue entre o bom ativismo e o ativismo ruim foi ultrapassada em alguns casos.

Em pelo menos dois casos referidos neste trabalho, o STF desprezou o papel constitucional atribuído pelo constituinte originário ao Legislativo Federal. Primeiramente, ao promover uma mutação constitucional do controle difuso, retirando do controle democrático do Senado a decisão sobre a suspensão da lei julgada inconstitucional no caso concreto (não terminou o julgamento, sendo que dois votos já foram proferidos neste sentido).

Outro caso que causou perplexidade foi a decisão que determinou a perda automática do mandato de parlamentar federal sem decisão da Casa Legislativa, em total desacordo com a norma constitucional originária do art. 55, VI, §2º, promovendo a Corte a interpretação da norma constitucional para se adequar à lei penal ordinária, numa inversão completa da técnica da interpretação conforme a Constituição.

Se o Legislativo vai decidir de acordo com os princípios éticos e morais que o caso exige, ou se a decisão vai ao encontro da opinião pública (ou publicada), essa é uma questão da responsabilidade deste Poder e ele é que vai ter que arcar com o ônus do corporativismo ou das decisões esdrúxulas. Este Poder é o espaço dos debates democráticos por excelência. A crise da representatividade não pode significar a anulação do parlamento e a sua substituição pelo Poder Judiciário.

Não cabe ao Supremo se arvorar de defensor de princípios morais para desfazer decisões do Legislativo, embasadas constitucionalmente, ou para interpretar a norma

constitucional ao seu gosto, em nome de uma suposta ordem moral superior. O Estado Democrático de Direito não se coaduna com a ditadura de nenhum Poder.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 3ª ed. São Paulo : Saraiva, 1999.

_____. **Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**. Revista Consultor Jurídico, 22/12/2008. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica. Acesso em 24/10/2013.

CANOTILHO, Gomes. **Processos informais de mudança da Constituição**. São Paulo, Max Limonad, 1986, p.10.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: M. Fontes, 2006.

_____. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: M. Fontes, 1999.

GADAMER, Hans-Georg. **Sobre el círculo de la comprensión**. In Verdad y Método II. Salamanca: Ediciones Sígueme, 2010, p. 63-70.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

HABERMAS, Jurgen. *Más allá del Estado Nacional*. Madrid: Editorial Trotta, 1997.

HESSE, Konrad. **El texto constitucional como limite de la interpretación**. In: PINA, Antonio López (coord) Division de poderes e interpretación: hacia una teoria de l ala praxis constitucionalo. Madrid: Tecnos, 1987.

_____. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madri, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Instituto Brasiliense de Direito Público. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2002.

MULLER, Friedrich. **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional**. Renovar, 3ª ed., 2005.

POGREBINSCHI, Thamy. **Ativismo Judicial e direito**: considerações sobre o debate contemporâneo. Direito, Estado e Sociedade. Rio de Janeiro: PUC, v. 9, n. 17, p. 121-143, ago./dez 2000.

SANDFELD, Carlos Ari. Disponível em: <http://www.oabrij.org.br/noticia/82270-Manutencao-de-mandato-e-legal-dizem-constitucionalistas>. Acesso em 23/10/2013.

SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso Da. **Interpretação conforme a Constituição**: Entre a trivialidade e a centralização judicial. Revista Direito GV, vol.2, n.1, p. 191 – 210, jan-jun 2006.

STRECK, Lenio Luiz; **Verdade e Consenso**. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4.ed. São Paulo, Saraiva, 2012.

_____ ; MORAIS, José Luis Bolzan de. OAB in foco, Uberlândia, ano 4, n. 20, ago./set. 2009.

_____. Revista Consultor Jurídico, 15/03/2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-mar-15/entrevista-lenio-streck-procurador-justica-rio-grande-sul>. Acesso em 24/10/2013.

_____ ; BARRETO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz De. **Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”**. 07/2009. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/13229/ulisses-e-o-canto-das-sereias>. Acesso em 28/10/2013.

_____ ; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **A Nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso**: Mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Fundinopi.15/10/2008.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Brasília, AP 470, Rel. Min. Joaquim Barbosa. 22/04/2013)