

ATIVISMO JUDICIAL, “PÓS-POSITIVISMO” E O CONTROLE DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

JUDICIAL ACTIVISM, "POST-POSITIVISM" AND CONTROL OF DECISIONS OF THE FEDERAL SUPREME COURT

André Garcia Xerez Silva¹

RESUMO

Este trabalho visa, inicialmente, contextualizar o Supremo Tribunal Federal no arranjo institucional inaugurado pela Constituição Federal de 1988 para, assim, examinar a relação entre o ativismo judicial e o movimento teórico denominado “pós-positivismo”. A partir dessas considerações, analisa-se a pertinência das Propostas de Emenda à Constituição que tramitam cuja finalidade é submeter as decisões do Supremo Tribunal Federal à aprovação do Congresso Nacional como medida de compatibilizar democracia e jurisdição constitucional. Um Poder Judiciário independente é uma premissa do regime democrático, razão pela qual suas decisões devem ser controladas apenas no âmbito hermenêutico, por meio de um amadurecimento e aprofundamento da doutrina “pós-positivista”, e não com base em critério políticos.

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo Judicial; Pós-Positivismo; Controle Hermenêutico

ABSTRACT

This paper aims to, initially, contextualize the Federal Supreme Court in the institutional arrangement inaugurated by the Federal Constitution of 1988 to, thus, examine the relationship between judicial activism and theoretical movement called "post-positivism". From these considerations, we analyze the relevance of the Proposed Amendment to the Constitution whose purpose is to subject the decisions of the Federal Supreme Court to the approval of National Congress as a means to reconcile democracy and constitutional jurisdiction. An independent judiciary is a premise of the democratic system, which is why their decisions should be controlled only within hermeneutic, through a maturing and deepening of the doctrine of "post-positivist", and not based on political standards.

¹ Mestrando pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC). Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Coordenador Jurídico do Gabinete do Prefeito de Fortaleza e advogado.

KEYWORDS: Judicial Activism; Post-Positivism; Hermeneutic Control

1 Introdução

O equilíbrio da equação que tem de um lado um órgão vinculado ao Poder Judiciário como responsável pela interpretação última do texto constitucional e pelo controle da constitucionalidade das leis, e do outro os Poderes Legislativo e Executivo como responsáveis pela promoção de políticas públicas não está perfeitamente definido.

A questão fundamental do embate entre constitucionalismo e democracia gravita em torno de conciliar o exercício da soberania popular pelos Poderes cujos representantes são eleitos diretamente pelo povo e à restrição dessa expressão por meio de um Poder Constituído, encarregado de aferir a adequação dos atos estatais ao texto constitucional.

Em outras palavras, é preciso delimitar o campo de atuação e a esfera de competência do Poder que restringirá a atuação dos outros Poderes que representam a expressão da vontade popular, sem desvirtuar o princípio democrático, segundo o qual o povo deve se autogovernar e definir os rumos de sua própria administração. John Hart Ely (2010, p. 12) coloca o problema nos seguintes termos: “A tarefa mais difícil sempre foi e continua sendo a de criar uma ou mais maneiras de proteger as minorias da tirania da maioria sem incorrer numa contradição flagrante com o princípio do governo majoritário”.

Em tempos “pós-positivistas”, acentua-se, cada vez mais, a postura judicial denominada de ativista. Uma construção teórica ainda frágil e inconsistente tem sustentado decisões judiciais principalmente oriundas do Supremo Tribunal Federal, despidas de racionalidade e de uma fundamentação adequada ao novo paradigma do constitucionalismo vigente.

O resultado não poderia ser outro senão a revitalização da discussão acerca do princípio da separação dos poderes e sua definição no contexto atual da jurisdição constitucional.

Atualmente tramitam no Congresso Nacional duas propostas de emenda à Constituição, que visam, em suma, submeter ao controle do Poder Legislativo os atos do Poder Judiciário que exorbitem sua esfera de competência (PEC n. 3/2011), bem como elevar a quantidade mínimas de votos para declarar uma norma inconstitucional, condicionar o efeito vinculante das súmulas e decisões de mérito do Supremo Tribunal Federal ao Congresso Nacional e submeter ao Poder Legislativo Federal a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição (PEC n. 33/2011).

Trata-se, portanto, da resposta do Congresso Nacional ao Poder Judiciário na tentativa de propor uma nova perspectiva ao que julga ser a necessária configuração da separação dos poderes, restringindo claramente o monopólio do Supremo Tribunal Federal em seu favor sobre a última palavra em matéria constitucional.

Este artigo pretende, pois, examinar a atual problemática do pensamento constitucional em torno do “pós-positivismo” e sua repercussão no princípio da separação dos poderes a fim de investigar a eventual pertinência das referidas propostas de emendas à Constituição Federal, que instauram o controle legislativo das decisões judiciais.

2 Breve histórico do controle de constitucionalidade no Brasil

Lêda Boechat Rodrigues (1991, p. 1) descreve o contexto da instauração do que viria a ser o Supremo Tribunal Federal:

Em julho de 1889, indo Salvador de Mendonça, acompanhado de Lafayette Rodrigues Pereira, despedir-se de D. Pedro II, a fim de cumprir missão oficial nos Estados Unidos, ouviu do Imperador as seguintes palavras: „Estudem com todo o cuidado a organização do Supremo Tribunal de Justiça de Washington. Creio que nas funções da Corte Suprema está o segredo do bom funcionamento da Constituição norte-americana. Quando voltarem, haveremos de ter uma conferência a este respeito. Entre nós as coisas não vão bem, e parece-me que se pudéssemos criar aqui um tribunal igual ao norte-americano, e transferir para ele as atribuições do Poder Moderador da nossa Constituição, ficaria esta melhor. Dêem toda atenção a este ponto.

A influência do modelo estadunidense repercutiu não só na própria forma de Estado do Brasil, mas também nas características institucionais do Supremo Tribunal Federal, criado pela Constituição de 1891, embora o decreto nº 510 de julho de 1890, que estabelecia uma Comissão Provisória da República dos Estados Unidos do Brasil, já houvesse disposto a criação, composição e competência do Supremo, confirmado ulteriormente (COSTA, 2001, p. 16).

Portanto, sua origem coincide com a transição do Império para a República como forma de governo, o que o marca como uma instituição eminentemente republicana na defesa de direitos e também como corte recursal. Segundo Emilia Viotti da Costa (2001, p. 16):

Ao Supremo Tribunal, modelado na Suprema Corte norte-americana, cabia rever as decisões das cortes de apelação todas as vezes que houvesse violação de direito. Era também de sua alçada julgar conflitos que surgissem entre as autoridades judiciais e a administração federal, entre a União e os Estados, ou entre os próprios Estados.

A despeito de não estar prevista expressamente a possibilidade de anulação dos atos do congresso e do executivo que infrinjam a Constituição, Rui Barbosa sustentou, pela primeira vez no foro brasileiro, perante o Supremo Tribunal Federal, em 19 de setembro de 1895, na apelação cível nº 112, “o direito dos tribunais de examinar a constitucionalidade dos atos legislativos ou administrativos e negar-lhes execução ou manter contra eles o direito dos 28 indivíduos, quando o caso for submetido à justiça, em ação regular, pelos prejudicados” (RODRIGUES, 1991, p. 61-62). E a fundamentação do pronunciamento de Rui Barbosa acerca do direito invocado em favor dos tribunais advinha diretamente da jurisprudência estadunidense:

Tratava-se de „novidade de um regime inteiramente sem passado entre nós” , dizia, em que „a nossa lâmpada de segurança” devia ser „o direito americano, suas antecedências, suas decisões, seus mestres” Os autores da nossa Constituição eram discípulos de Madison e Hamilton, e não „de Rosseau e Mably, como o nobre procurador da República” (Rodrigo Otávio, futuro Ministro do S.T.F.) que, „magistrado do regime americano” , aferrava-se à „doutrina fatal da onipotência das assembleias, doutrina anacrônica e contrária ao nosso direito escrito” . (RODRIGUES, 1991, p. 62)

A inspiração que dirigia, pois, a jurisdição constitucional era claramente a norteamericana. Seus pensadores eram constantemente citados em acórdãos e sua doutrina a maior referência para sua fundamentação. A partir de então, firmava-se o precedente para o exercício do controle da constitucionalidade pela via difusa, sendo o Supremo a última instância para decidir o conflito entre lei e Constituição.

Convém rememorar que outrora, em 1893, quando o Supremo Tribunal Federal declarou a nulidade do Código Penal da Marinha, de 7 de março de 1891, o líder do governo Aristides Lobo afirmou que o Tribunal incorrera em crime de abuso de autoridade e precisavam os ministros responder perante o Senado. Essa situação permite visualizar o sentido que o Supremo Tribunal Federal conferiria à recém-inaugurada República.

Daí por que o órgão é essencial nos primeiros anos de existência da República brasileira para a estabilidade democrática, razão pela qual vaticina Lêda Boechat Rodrigues (1991, p. 6):

[...] a democracia brasileira teria funcionado de modo ainda mais defeituoso sem o símbolo do Supremo Tribunal Federal e de sua capacidade de encarnar, em determinados momentos, o que existe de melhor na consciência nacional. Supremo intérprete da Constituição, num sistema de controle jurisdicional dos atos do Congresso e do Executivo, ele mantém viva a esperança de que os abusos de poder, ainda quando não corrigidos nos momentos de ditadura e de grande conturbação política, o poderão ser quando restaurado o pleno regime legal.

A situação começa a adquirir uma nova roupagem com a Constituição de 1934. Em seu texto, consagrou-se o princípio do *stare decisis*, que nos Estados Unidos confere força vinculante às decisões da Suprema Corte, possibilitando o Senado Federal afastar, no todo ou em parte, a execução de ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal – ato de natureza política que dá eficácia *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade em concreto. Conforme ministra Moreira Alves na questão de ordem no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº. 01/93:

Desde a Constituição de 1891 até a Emenda Constitucional n. 16, de 1965, o sistema de controle de constitucionalidade dos atos normativos do Brasil cingia-se ao controle difuso, de inspiração norte-americana, pelo qual qualquer Juiz ou Tribunal pode afastar, no caso concreto em que presta jurisdição, a aplicação de norma que viole a Constituição. (BRASIL, STF, ADC nº. 1 QO/DF - Distrito Federal, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 16/06/2005, p. 18212.)

Logo, com a Emenda Constituição nº. 16 de 1965, o Brasil se aproximava do modelo de jurisdição constitucional europeu, introduzindo ao lado do controle incidental, o controle de constitucionalidade abstrato por meio da representação de inconstitucionalidade, inspirada na representação interventiva adrede existente, mas a qual tinha finalidade específica para declarar ou não configurada situação de intervenção federal por inobservância aos princípios sensíveis da Constituição.

Não obstante, acentuou-se o poder do Supremo Tribunal Federal com inovações na ordem constitucional de 1988, que, apesar de manter o controle difuso, aprimorou os mecanismos do controle abstrato e aproximou ainda mais suas características a de uma corte constitucional, conforme bem anota Moreira Alves:

Esse sistema misto de controle de constitucionalidade foi mantido pela Constituição de 1988, que tendeu manifestamente para a expansão do controle concentrado, afastando o monopólio do Procurador-Geral da República e admitindo amplo rol de legitimados para propor o instrumento desse controle – a ação direta de inconstitucionalidade- além de criar a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, tipo de controle concentrado cuja finalidade é insusceptível de ser alcançada pelo controle difuso ou pelo controle concentrado por meio de ação direta de inconstitucionalidade, pois estes se destinam à aferição da constitucionalidade, ou não, de atos normativos existentes, mas não se prestam ao exame, com sua consequência em caso afirmativo, da omissão constitucional da elaboração de ato normativo por imposição constitucional. (BRASIL, STF, ADC nº. 1 QO/DF - Distrito Federal, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 16/06/2005, p. 18212)

Essas breves circunstâncias são capazes de demonstrar o turbulento caminho que atravessou o Supremo Tribunal Federal: nasceu junto com a República em meio a constantes embates com os demais Poderes Públicos na afirmação de seu papel de guardião da

constituição, expandindo sua competência e aperfeiçoando seus mecanismos de controle no sentido da atuação de uma corte constitucional através da ampliação do controle concentrado ou abstrato.

Uma vez contextualizado o local que figura no jogo político dos poderes constituídos da República, passa-se ao exame da doutrina intitulada “pós-positivismo” e sua implicação no fenômeno do ativismo judicial.

3 Ativismo Judicial e “Pós-positivismo”

Adotando o conceito de Elival da Silva Ramos (2010, p. 107), ativismo judicial “reporta-se a uma disfunção no exercício da função jurisdicional, em detrimento, notadamente, da função legislativa (...)”. Trata-se da ultrapassagem das barreiras demarcatórias da função jurisdicional em direção às funções de governo, em ofensa ao princípio da separação dos poderes.

Sua origem é atribuída aos Estados Unidos, a partir do emblemático caso de *Marbury vs Mandison*, inaugurando a doutrina do *judicial review*, ou seja, a possibilidade de anulação pelo Poder Judiciário dos atos abusivos dos outros Poderes.

Antes de tudo, há que se compreender que o ativismo não deve ser associado necessariamente aos conceitos de bom ou ruim, esquerda ou direita, progressista ou conservador, mas um fenômeno contingencial. Tanto é assim que nas primeiras décadas do século XX, a Suprema Corte americana chancelou a política de segregação racial e a imposição de um modelo econômico liberal, ao passo em que a jurisprudência da “Corte Warren²” (1937-1968) jurisprudência caminhou em um sentido progressista em relação à consecução de direitos fundamentais, especialmente as questões acerca dos negros.

É verdade que de acordo com os sistemas jurídicos *common law* e *civil law*, o ativismo judicial adquire distintos contornos. No modelo anglo-saxão a força criativa dada aos tribunais é bem mais elevada do que no modelo romano-germânico, considerando as razões históricas que contribuíram para tanto, especialmente a desconfiança nos juízes por parte da Europa Continental³. No Brasil ocorre uma aproximação dos dois sistemas e um permanente debate sobre a natureza da fonte jurídica que é a decisão judicial.

Contudo, neste trabalho o ativismo judicial será abordado principalmente a partir da

² Nomeclatura conferida à Suprema Corte dos Estados Unidos sob o comando de Earl Warren durante o período de 1953 a 1969.

³ Vide a Revolução Francesa e a oposição entre Legislativo em face do Executivo e Judiciário.

corrente teórica denominada “pós-positivismo” e suas implicações no atual cenário da separação dos Poderes.

O advento da teoria pós-positivista na academia e nos tribunais, muito embora amplamente anunciado como realidade, ainda carece de um maior debate acadêmico. Consistiria, supostamente, na superação do positivismo cujas premissas agrilhoavam os julgadores a uma análise rigorosamente formal da lei, sem espaço para maiores reflexões axiológicas, uma vez que o direito e a moral não se confundiam. Como resposta ao jusnaturalismo até então relegado ao discurso dos mais românticos, o positivismo adquiriria uma nova dimensão, que, por sua vez, buscava aliar tanto a norma como os valores morais como fontes do direito para pautar a atividade jurisdicional.

Isso significa dizer que os tão aclamados princípios gerais do direito e demais enunciados imbuídos de conteúdo moral ostentam normatividade. Decorre, pois, que toda conduta está sujeita a apreciação sob o prisma do direito principiológico normativo. Se outrora o exame do quadro fático quando da aplicação da norma pelo magistrado restringir-se-ia ao aspecto da investigação de sua legalidade, atualmente pode se falar em sua juridicidade.

A constitucionalização dos demais ramos do direito e a encampação da doutrina pós-positivista implica em mudança do paradigma até então vigente, pois doravante uma ilicitude estaria configurada também por desrespeitar princípios da ordem jurídica, o que, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, é mais grave do que a infração da própria norma, em sentido estrito, exatamente por arranhar não um dispositivo específico, mas toda a lógica e o conteúdo que serve de norte interpretativo na aplicação das normas⁴.

O positivismo normativista de Kelsen reduz seu objeto ao estudo sistemático das regras e institutos jurídicos vigentes, apenas. Sua principal crítica conhecida é apresentada por Aftalión, Vilanova e Raffo (2004, p. 162), considerando o caráter meramente reprodutivo da ciência jurídica entendida desta forma:

Si el Derecho es la ley, conteniendo ya estas formulas conceptuales y estando expresada en palabras, parece claro que la ciencia no podra ser otra cosa que una reproduccion de dichos conceptos y que solo agregara una mejor formulacion, major clarificacion, una mejor sistematizacion, etcetera. La ciencia del Derecho conoceria la ley; pero como este conocimiento no seria otra cosa que una reproduccion, resultaria de ello – extremando el argumento hasta sus ultimas consecuencias – que el alcance de su tarefa seria meramente didactico, expositivo, ordenador, sistematizador; pero no una autentica investigacion, por lo cual la disciplina declinaria su carater de ciencia.

⁴ Afirmação refutada por Humberto Ávila (2005, p. 82) devido à pretensão de decidibilidade das regras, que os princípios não ostentam.

A “ciência” do Direito restrita ao estudo norma sequer seria ciência nessa perspectiva, dada sua limitação descritiva da realidade a que o Direito se proporia estudar, despida de qualquer caráter investigativo.

A doutrina do positivismo, ao sustentar uma pureza e neutralidade absoluta do cientista em relação a fatores exteriores à norma, conforme apregoado pela clássica Teoria Pura, resulta na ideologia da irresponsabilidade social e em uma posição metafísica em relação à primazia do objeto em detrimento do sujeito por meio de uma separação do que não pode ser separado. Sob o pretexto de não confundir nenhuma ideologia no processo de construção do conhecimento científico, tal postura, por si só, representa a ideologia da não intervenção no meio social.

O cientista ao observar a realidade e decidir investigar um determinado fenômeno está valorando os fatos e assumindo uma postura política, o que afasta a possibilidade de uma neutralidade absoluta. O que deve ser exigido do cientista, conforme Max Weber, é uma postura crítica e que não abuse de sua autoridade intelectual para tentar impor seus pontos de vistas pessoais e partidários, visto que não é com sectarismo que se faz ciência.

Pontes de Miranda (2000, p. 39) sustenta que a ciência se preocupa analisar os fatos para corrigi-los e melhorá-los, porquanto o conhecimento científico não é inerte em relação aos fatos (juízo de valor não é sinônimo de juízo de fato), papel ao qual o positivismo normativista não se presta, dado seu caráter exclusivamente descritivo da realidade.

Daí exsurge a relevância dos princípios jurídicos em face da limitação do legislador disciplinar todas as relações da sociedade poliédrica contemporânea e propor uma abertura aos fatos sociais.

Ao contrário das regras, que, conforme Dworkin, são aplicadas e incidem segundo a lógica do “tudo ou nada” (*all or nothing*), os princípios indicam estado de coisas a serem alcançados e, por isso, a aplicação de um princípio não afasta a incidência do outro, no mesmo caso concreto. Em caso de conflito de princípios, cumpre operar a ponderação de Robert Alexy a fim de aferir qual se sobressai no caso concreto sem desconsiderar os demais, haja vista sua dimensão de peso ou importância. Humberto Ávila (2005, p. 33) ressalta a possibilidade de ponderação de regras e a deficiência de sua distinção dos princípios sobre esse aspecto (nota de rodapé).

Segundo Humberto Ávila (2005, p. 40), como os princípios não descrevem o comportamento a ser perseguido, mas apenas o estado de coisas a ser promovido pelo Poder Público, eles funcionam como fundamentação das decisões ou como razões finalísticas.

Ocorre que, sob o pretexto de derogar o positivismo kelseniano, o “pós-positivismo”

concentra o foco da diferenciação entre tais correntes teóricas a partir da construção de um novo modelo do sistema jurídico a partir de regras e princípios, sem, contudo, atentar para uma das maiores características que marcam o modelo de direito proposto por Kelsen: a discricionariedade.

A moldura kelseniana, que seria a baliza delimitada pelos dispositivos legais vigentes, fixaria o limite dentro do qual o intérprete gozaria de liberdade para construir o raciocínio jurídico que lhe aprouvesse. Kelsen rejeitava o modelo de decisão judicial restrito à ideia de subsunção, tida por anacrônica, haja vista a função criativa do direito.

Se antes, apenas no modelo de regras, haveria a discricionariedade que disporia o juiz para construir a interpretação jurídica adequada, com o advento dos princípios, normas de textura aberta, o espaço para o hermeneuta preencher seu conteúdo se torna ainda maior.

Daí por que não são poucas as doutrinas que criticam o uso irracional dos princípios a fim de encontrar soluções casuísticas para determinados casos, muitas vezes princípios “descobertos” pelo juiz quando da análise da demanda, revelando uma importação acrítica da jurisprudência dos valores oriunda da experiência alemã.

Ronald Dworkin se apresenta, assim, como teórico crítico do positivismo proposto por Hart, especialmente contra a discricionariedade judicial. Para tanto, diferencia a discricionariedade em seu sentido forte e franco. Enquanto em sua acepção forte predomina a ideia segundo a qual a decisão não é controlada por um padrão formulado por uma autoridade, embora ainda deva estar pautado em critério de equidade, racionalidade e eficácia, na dimensão fraca a escolha, ainda que mereça um juízo subjetivo, é orientada e, por isso, controlável.

Ao lançar mão dessa distinção, Dworkin aproxima o modelo positivista de Hart e de Kelsen, especificamente quanto à premissa de que o juiz “cria” o direito aplicável ao caso concreto quando as normas postas à disposição não se revelarem suficiente para a solução do conflito, ao seu conceito de poder discricionário em sentido forte:

Portanto, parece que os positivistas, pelo menos algumas vezes, entendem a sua doutrina no terceiro sentido, o sentido forte de poder discricionário. (...) É o mesmo que dizer que, quando um juiz esgota as regras à sua disposição, ele possui o poder discricionário, no sentido de que ele não está obrigado por quaisquer padrões derivados da autoridade da lei. (DWORKIN, 2010, p. 55)

Eis, portanto, o problema que oferece margem ao ativismo judicial: a existência de uma discricionariedade desvinculada a critérios de qualquer natureza que direcionem e racionalizem a decisão. O recurso aos princípios para suprir tais lacunas deixadas pela

impossibilidade epistemológica das regras anteciparem todas as condutas humanas tem resultado em um “estado de natureza interpretativo”, como alcunha Lênio Streck, e na panaceia dos princípios. E a consequência mais maléfica e danosa ao sistema jurídica do uso irracional dos princípios é a fragilização do direito e sua autonomia científica.

Porém, não é qualquer princípio que pode ser invocado para justificar a mudança; caso contrário, nenhuma regra estaria a salvo. É preciso que existam alguns princípios com importância e outros sem importância e é preciso que existam alguns princípios mais importantes que outros. Esse critério não pode depender das preferências pessoais do juiz, selecionadas em meio a um mar de padrões extrajurídicos, cada um deles podendo ser, em princípio elegível. Se fosse assim, não poderíamos afirmar a obrigatoriedade de regra alguma. (DWORKIN, 2010, p. 60).

A necessidade de racionalizar tal modalidade de discricionariedade em um modelo de regras e princípios se faz premente a fim de garantir a sobrevivência da autonomia científica do direito e de encontrar limites para a interpretação judicial. O uso retórico de princípios e a anarquia interpretativa resulta no abalo da separação dos poderes e na tirania do Judiciário, pois a premissa fundamental que justifica a existência democrática do controle de constitucionalidade seria que “quem controla o povo não são os juízes, mas a Constituição – o que significa que, na verdade, o povo controla a si mesmo” (ELY, 2010, p. 13). Eis o legítimo caráter contramajoritário da jurisdição constitucional.

Contudo, uma vez que os juízes passam a controlar o exercício da vontade popular sem ser a partir da Constituição, mas a partir de subjetivismos axiológicos, é preciso repensar a jurisdição constitucional e suas consequências para o regime democrático.

4 Controle político *versus* controle hermenêutico das decisões do Poder Judiciário

Pelo teor das Propostas de Emenda à Constituição de n. 03/2011 e 33/2011, o que se percebe é a tentativa de instaurar a submissão dos atos do Poder Judiciário ao Congresso Nacional.

A PEC n. 03/2011 dá nova redação ao art. 49, V da Constituição Federal de 1988, permitindo ao Congresso Nacional “sustar os atos normativos dos outros Poderes que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa”. Em sua redação original, consta no texto constitucional apenas a possibilidade de sustar atos normativos do Poder Executivo, ou seja, passariam a estar incluídos também os atos normativos do Poder Judiciário.

Na justificativa da proposta do Deputado Nazareno Fonteles, consta a explicação

acerca da necessidade da alteração legislativa para preencher uma lacuna no ordenamento constitucional, haja vista que o art. 49, XI da Constituição atribui ao Congresso Nacional a competência exclusiva para “zelar pela preservação de sua competência legislativa em face de atribuição dos outros poderes”. Todavia, na atual configuração da relação entre os três poderes, não existiria nenhum mecanismo que permitisse o Poder Legislativo preservar sua competência perante o Poder Judiciário, mas tão somente quanto ao Poder Executivo.

Já a respeito da PEC n. 33/2011, as alterações são mais profundas. O art. 97 da Constituição seria modificado para que apenas com o voto de quatro quintos dos seus membros ou do respectivo órgão especial os tribunais pudessem declarar a inconstitucionalidade de ato normativo do poder público. O art. 103-A passaria a exigir a aprovação por maioria absoluta pelo Congresso Nacional das súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal para que estas passem a ter efeito vinculante. O art. 102 determinaria que as decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal não produziram de imediato efeito vinculante e eficácia contra todos, devendo ser encaminhadas à apreciação do Congresso Nacional, que, manifestando-se contrariamente, deverá submeter a controvérsia à consulta popular.

Trata-se, portanto, claramente de uma restrição das competências do Poder Judiciário quanto ao exercício de sua atividade normativa por meio das decisões de mérito nas ações de controle concentrado de constitucionalidade e da aprovação de súmulas com efeito vinculante.

Em tais casos, ainda que o Supremo Tribunal Federal permaneça como o último intérprete da Constituição Federal, a natureza normativa e os efeitos de suas decisões dependeriam, sempre, da apreciação do Congresso Nacional.

Para abordar a temática, há que se tecer alguns comentários sobre as correntes procedimentalistas e substancialistas sobre o controle de constitucionalidade.

Pensadores como John Hart Ely e Habermans lideram a defesa de uma concepção procedimentalista da jurisdição constitucional, segundo a qual cumpre precipuamente ao Poder Judiciário “zelar pelo respeito aos procedimentos democráticos para a formação da opinião e da vontade política, a partir da própria cidadania” (STRECK, 2011, p. 83). Aqui, enfatiza-se o papel de controle apenas quanto ao procedimento deliberativo de decisões políticas, tendo em vista a falta de legitimidade da justiça constitucional. Países como Canadá, Reino Unido e Nova Zelândia abraçam a jurisdição constitucional em sua vertente procedimentalista.

A tese substancialista, por outro lado, reforça o caráter contramajoritário exercido pela jurisdição constitucional, pois, assim, haveria um aprimoramento da relação Constituição

e democracia. É a tese adotada pela maioria da doutrina brasileira, notadamente por Paulo Bonavides, que fundamentam, essencialmente, seu pensamento no fato de países com dificuldade na implementação dos direitos sociais fundamentais

Lênio Streck, adepto da corrente substancialista, explica que “a implementação dos direitos fundamentais-sociais (substantivados no texto democrático da Constituição) afigura-se como condição de possibilidade da validade da própria Constituição, naquilo que ela representa de elo conteudístico que une política e direito” (STRECK, 2011, p. 82). Por essa razão, parece não ser sustentável uma concepção estritamente procedimentalista da jurisdição constitucional no Estado brasileiro.

É preciso, todavia, que o Poder Judiciário, imbuído do ideal de concretização da Constituição, respeite as condições de possibilidade para a implantação das políticas de desenvolvimento constantes em países de modernidade tardia.

Não se trata de rediscutir a força normativa da constituição e o debate entre Lassale e Hesse (1991, p. 240), segundo o qual “a constituição jurídica logra conferir forma e modificação à realidade”, premissa sedimentada no atual pensamento constitucional. Não há dúvidas que determinadas obrigações política tornaram-se também obrigações jurídicas. Entretanto, parece necessário conciliar a normatividade constituição e a normatividade fática, sob pena de comprometer a ideia de constituição dirigente caso entendida como um dirigismo capaz de por si só promover todas as transformações emancipatórias da realidade.

Eis a questão fundamental entre o ser e o dever ser normativo da Constituição, que embasa o “ativismo judicial”, na medida em que acaba restando para o Supremo Tribunal Federal dar sua posição sobre como e em qual medida os direitos sociais e fundamentais serão atendidos, vide discussões recentes no plenário daquela Corte como a união homoafetiva, fidelidade partidária, verticalização das coligações, cotas raciais, descriminalização do aborto, experiências com células tronco, entre outros.

Ocorre que tais discussões fundamentais e de interesse público não passaram pelo crivo do Congresso Nacional, órgão competente e representativo da vontade popular, que poderia expressar, em tese, a legítima opinião do povo sobre essas matérias.

Esta é a principal crítica à posição ativista do Supremo Tribunal Federal, que inclusive consta na justificação da Proposta de Emenda à Constituição n. 33/2011.

Porém, à luz das considerações expostas até agora, a solução para tal desequilíbrio dos poderes não perpassa a instauração de um controle político do Poder Judiciário. É certo que um Estado Democrático de Direito a limitação do poder é premissa basilar, pois não condiz com sua proposta nenhum reduto de poder completamente arbitrário, até mesmo para o

órgão responsável pelo controle. A abordagem de Ingeborg Maus sobre a problemática na esfera do Poder Judiciário é elucidativa:

Quando a Justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social – controle ao qual normalmente se deve subordinar toda instituição do Estado em uma forma de organização política democrática. No domínio de uma Justiça que contrapõe um direito ‘superior’, dotado de atributos morais, ao simples direito dos outros poderes do Estado e da sociedade, é notória a regressão a valores pré-democráticos de parâmetros de integração social. (MAUS, 2000, p. 187).

É por isso que realmente não está o Supremo Tribunal Federal autorizado a “errar por último”. Essa falsa ideia reproduz o discurso de que o órgão de cúpula do Poder Judiciário poderia decidir o que quisesse, como quisesse, com base unicamente na estrutura hierárquica da organização do poder estatal. Seria como se fosse mais importante o discurso da autoridade do que a autoridade do discurso.

A falta de limites ou controle das decisões do Supremo Tribunal Federal não é compatível com o regime democrático. Para conciliar jurisdição constitucional e democracia e reforçar seu elo, é fundamental a possibilidade de aferição de algum parâmetro de “acerto” de suas decisões.

Todavia, o controle que há de existir deve ser hermenêutico-científico e não político.

O controle e a fiscalização dos atos do Supremo deve ocorrer no âmbito doutrinário e acadêmico por meio de uma sólida construção científica de uma teoria do direito adequada à realidade brasileira a fim de determinar os limites da interpretação e uma rigorosa fundamentação. Uma primeira baliza que deve ser absorvida pelos intérpretes da Constituição é a necessária conexão entre texto e norma. Nesse sentido, Lênio Streck (2010, p. 453) assinala:

[...] quando se popularizou a assertiva de que texto não é igual a 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 que norma e texto sejam “coisas à disposição do intérprete”, ou, ainda, que o intérprete possui arbitrariedade por “fixação da norma” (sentido do texto); [...] se texto e sentido do texto não são a mesma coisa, tal circunstância não implica a afirmação de que estejam separados (cindidos) ou que o texto contenha a própria norma, mas sim, que apenas há uma diferença (ontológica) entre os mesmos; é preciso compreender que a norma é o texto em forma de enunciados, em que o conteúdo veritativo não é nada mais do que a dimensão predicativa, isto é, aquilo que se diz sobre ele; [...]

A doutrina dos conceitos jurídicos indeterminados na literatura alemã, conforme pontua a professora Germana Moraes de Oliveira (2004, p. 64), elenca uma zona de certeza

positiva, dentro da qual não existe dúvida quanto ao significado da palavra utilizada, uma zona de certeza negativa, na qual inexiste dúvida sobre sua não utilização, e uma zona intermediária, onde residem dúvidas sobre a abrangência de situações sob aquele signo.

Dito de outra forma, existem zonas de vinculação entre texto e norma e mesmo nas zonas intermediárias, onde costumam acontecer as interpretações mais controversas (*hard cases*), há parâmetros que apesar de não determinarem a decisão, orientam-na. Friederich Müller repudia e expõe porque decisões desvinculadas de qualquer texto de norma atentam contra o princípio democrático:

A instância prolatora da sentença dotada de obrigatoriedade, que não pode se basear em textos de norma de modo plausível em termos metodológicos, exerce contrariamente uma violência que ultrapassa esse limite, uma violência selvagem, transbordante, consistente tão somente nesse ato que já não é constitucional; ele exerce uma violência ‘atual’. (MULLER, 2011, p. 60)

O uso retórico de princípios fragiliza ainda mais a relação texto e norma, exatamente por serem mandamentos (de otimização) de textura aberta. Daí surge a compreensão de sua dimensão deontológica e não teleológica. Significar dizer que os princípios devem ser faticizados. Dworkin (2010, p. 91) trabalha com excelência os conceitos de moralidade concorrente e moralidade convencional⁵ para demonstrar que “a prática social ajuda a justificar uma regra que é expressada pelo juízo normativo”.

Um bom exemplo de uma interpretação adequada dos princípios a partir da consideração de seu caráter deontológico é visualizado na decisão do juízo da 7ª Vara da Justiça Federal de São Paulo, que negou o pedido de antecipação de tutela do Ministério Público que exigia a retirada da expressão “Deus seja louvado” das cédulas do real, sob o argumento de ofensa ao princípio da laicidade do Estado.

Segundo a decisão judicial, não foi consultada nenhuma instituição laica ou religiosa não cristã que manifestasse indignação perante as inscrições da cédula e não haveria notícia de nenhuma outra representação perante o Ministério Público neste sentido, razão pela qual a alegativa de violação ao princípio do Estado laico resta esvaziada e assume caráter retórico.

Também merece atenção a perigosa ponderação de princípios quando em aparente conflito. Acriticamente, o método de ponderação propugnado por Robert Alexy que visa à racionalização da decisão judicial tem sido utilizado pelos tribunais “como se fosse um

⁵ Segundo Dworkin (2010, p. 85), enquanto na moralidade concorrente a comunidade afirma a existência de uma regra normativa por meio de um acordo, mas não considera o fato desse acordo como parte essencial das razões que levam seus integrantes a obedecê-la, ao passo que na modalidade convencional o fato da existência do acordo é levado em consideração.

enunciado performático, uma espécie de álbi teórico capaz de fundamentar os posicionamentos mais diversos” (STRECK, 2011, p. 50).

A ponderação há de acontecer apenas em um momento posterior à colisão de princípios, que ocorre em função de sua estrutura alargada de mandado de otimização, não de uma maneira *a priori* em que dois princípios estariam postos em uma balança e o hermenêuta simplesmente seleciona o que seria mais pesado.

De acordo com Robert Alexy, a fórmula da ponderação decorre do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, pois, ao contrário da proporcionalidade como idoneidade e necessidade em que se verifica a otimização das possibilidades fáticas, há apenas uma otimização das possibilidades jurídicas. Para o filósofo alemão (2011, p. 5), a lei da ponderação estatui que “*cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro*”.

Por isso, a ponderação não pode servir para fundamentar a arbitrariedade judicial, uma vez que, na verdade, está a serviço da racionalidade da decisão, e não como mecanismo para o que o juiz descubra ou revele o valor mais premente no caso analisado.

Finalmente, considerando que se defende o controle das decisões judiciais no plano hermenêutico como o único controle do Judiciário compatível com o constitucionalismo e o regime democrático, é valiosa a lição de Peter Häberle sobre a democratização do processo de interpretação das normas constitucionais.

Partindo do postulado de que “quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos co-interpretá-la” (HÄBERLE, 1997, p. 13), o jurista alemão sustenta que a interpretação deve ser influenciada pela teoria democrática, sendo impensável interpretar a constituição sem o cidadão ativo e os órgãos estatais. Assim, não pode o Estado, representado pela jurisdição constitucional, “coisificar” a sociedade e tratar as forças sociais como mero objeto.

Tal concepção se revela como necessária para tornar sociedade aberta e livre, em que o consenso é fundado no conflito e no compromisso dos participantes do processo decisório. Com a crescente atuação da Justiça Constitucional e a restrição do espaço do legislador, “uma ótima conformação legislativa o refinamento interpretativo do direito constitucional processual constituem as condições básicas para assegurar a pretendida legitimação da jurisdição constitucional no contexto de uma teoria de Democracia” (HÄBERLE, 1997, p. 49).

Em face desses apontamentos sobre alguns parâmetros para a racionalização e legitimação da interpretação constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, as Propostas de

Emendas à Constituição que atualmente tramitam no Congresso Nacional na tentativa de deslocar para o Poder Legislativo a última palavra sobre o controle de constitucionalidade das normas não é a solução para equalizar jurisdição constitucional e os preceitos democráticos.

Aqui se enfatiza o primeiro capítulo deste trabalho que demonstra o papel do Supremo Tribunal Federal na afirmação de direitos e garantias fundamentais na tumultuosa República brasileira frente aos abusos perpetrados pelos demais Poderes da República.

A transferência para o Congresso Nacional das competências do Supremo Tribunal Federal, além de aniquilar o papel contramajoritário da jurisdição constitucional, um dos pressupostos que reforçam sua ligação com a democracia em países de modernidade tardia, como é o caso brasileiro, apenas elevaria a subjetividade e a dimensão política da decisão sobre o controle de constitucionalidade das normas em detrimento da racionalidade e da fundamentação técnica-jurídica.

A consagração de um Estado de Direito foi aprimorada pela ideia de um Estado Constitucional com a consequente afirmação de independência do Poder Judiciário, como expressão de uma conquista democrática. A atual configuração e estrutura dos Poderes na qual existe um órgão estranho aos poderes políticos como fiscal de seus atos a partir da Constituição é uma grande conquista para a democracia cujo abalo remete ao século XIX.

5 Conclusão

Deixando de lado o repetitivo discurso sobre a atecnia quanto à denominação equivocada do conceito de separação de Poderes, tendo em vista na realidade haver uma separação de funções, porquanto a soberania exercida através do poder político é uma e indivisível, importa perceber que a repartição de atribuições é resultado de um contexto histórico.

O dogma da separação de Poderes defendido por Montesquieu, que logo vislumbrou que a concentração de poder tende ao abuso, visava essencialmente à criação de mecanismos de autocontenção. Não se pode ignorar, entretanto, seu nascimento no cenário de um Estado Liberal, preocupado em assegurar a liberdade formal e a propriedade do cidadão.

Na Constituição Federal de 1988 está estampada a consagração de um Estado Democrático de Direito, reclamando a legitimidade material do Estado, por meio da consecução de uma gama de direitos e garantias fundamentais, a fim de promover doravante a liberdade material dos indivíduos. E isso precisa ser levado em conta quando se tem em mente o embate entre a separação de Poderes e o ativismo judicial.

Uma visita à trajetória do Supremo Tribunal Federal e o exame dos pressupostos da consolidação do constitucionalismo permite concluir ser inviável a submissão do Poder Judiciário ao crivo político do Poder Legislativo.

Conforme Paulo Bonavides (2011, p. 33), em um Estado Social como é a República Brasileira, sociedade e Estado não são mais postos em posições antagônicas como era em um Estado Liberal, de modo que há uma verdadeira promoção do bem estar social através de políticas públicas. Desconsiderar o importante papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal na afirmação e consolidação desse modelo significa repristinar um modelo já superado há custo de amplos movimentos democráticos a favor de um Judiciário independente.

Da mesma forma, a corrente denominada “pós-positivismo”, ainda que mereça melhores reflexões, tem contribuído para imprimir um maior conteúdo axiológico ao ordenamento jurídico, conferindo maior legitimidade nas decisões estatais.

Os esforços envidados para se respeitar a repartição de funções do Estado em direção à restrição das competências do Supremo Tribunal Federal, sob o discurso de defender a democracia, na verdade estão a fragilizá-la. Ao se submeter para aprovação do Congresso Nacional as decisões do órgão de cúpula do Judiciário, elimina-se o caráter contramajoritário da jurisdição constitucional, o qual assume maior importância países de modernidade tardia, como é o caso brasileiro.

Por outro lado, é evidente que nenhum Poder da República deve escapar de critérios de controle, inclusive o próprio órgão responsável pelo controle. Por isso, a defesa em favor da independência do Poder Judiciário não deve significar a possibilidade de decisões judiciais arbitrárias e amparadas apenas em convicções pessoais do Magistrado.

Para se adequar o atual momento da jurisdição constitucional com o ideal democrático, o amadurecimento do “pós-positivismo” para garantir mecanismos de racionalização e rigorosa fundamentação das decisões soa mais apropriado para conter abusos eventualmente cometidos pelo Judiciário. Assim, será possível um controle hermenêutico em detrimento de um controle político das decisões do Supremo Tribunal Federal, em respeito às conquistas históricas do movimento constitucionalista.

Referências

AFTALIÓN, Enrique R.; VILANOVA, José; RAFFO, Julio. **Introducción al derecho**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004.

ALEX, Robert. **Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidade**. Revista Española de Derecho Constitucional, n. 91, p. 11-29, enero/abril. 2011.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

COSTA, Emilia Viotti da. **O Supremo Tribunal Federal e a Construção da Cidadania**. São Paulo: Ieje, 2001.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Sergio Antonio Fabris: Porto Alegre, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 5.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MAUS, Ingeborg. **O Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”**. Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. Revista Novos Estudos CEBRAP, nº 58, nov. de 2000.

MIRANDA, Pontes de. **Sistema de ciência positiva do direito**. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. São Paulo: Bookseller, 2000. v.1.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MÜLLER, Friederich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

RODRIGUES, Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991. v. 1.

STRECK. Luis Lênio. **Os modelos de juiz diante da democracia e da divisão de poderes no Estado Democrático de Direito**. In: André Ramos Tavares; Ingo Wolfgang Sarlet; George Salomão Leite. (Org.). Estado Constitucional e Organização do Poder. Saraiva: São Paulo,

2010. p. 441-457

_____. **Verdade e Consenso:** constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.