

## **ATIVISMO JURISDICIONAL E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL\***

### **JURISDICTIONAL ACTIVISM AND BRAZILIAN SUPREME COURT**

**Rodrigo de Souza Tavares  
José Ribas Vieira  
Vanice Regina Lírio do Valle**

#### **RESUMO**

O objetivo deste artigo é examinar algumas conseqüências institucionais advindas de alterações na atuação do Supremo Tribunal Federal, tendo como balizamentos a nova composição dessa corte a partir de 2003, bem como reflexos decorrentes da Emenda Constitucional nº 45/04 (Reforma do Judiciário). Dessa forma, o estudo buscou identificar e analisar as especificidades da postura ativista encampada pela recente mudança de rumos ocorrida no âmbito da jurisdição constitucional brasileira. Com base num procedimento comparativo, buscou-se modelar uma categoria analítica e explicativa denominada de ativismo jurisdicional, cuja tônica recai na reestruturação dos limites jurisdicionais do Supremo Tribunal Federal, empreendida pela jurisprudência dessa mesma Corte. Para testar essa concepção, privilegiou-se investigar a reconfiguração do instituto da reclamação constitucional, com esteio em decisões consideradas paradigmáticas dentro do recorte qualitativo e cronológico antes mencionado.

**PALAVRAS-CHAVES:** ATIVISMO JURISDICIONAL; JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL; RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL.

#### **ABSTRACT**

This article aims to examine some institutional consequences emerged from changes in the role of the brazilian Supreme Court, as result of a new composition of this court since 2003, as well as reflexes arising from the Constitutional Amendment nº 45/04 (Judiciary Reform). Thus, the paper tries to identify and analyze the activist posture assumed by recent changes occurred in the field of brazilian constitutional jurisdiction. Based on a comparative procedure, we tried to model a analytical and explanatory category called jurisdicional activism, whose emphasis is on the restructuring of the jurisdictional limits of the Supreme Court, taken by the own jurisprudence of this Court. To test this hypothesis, was investigated the reconfiguration of the institute of

---

\* Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

constitutional complaint, in the lights of paradigmatic decisions, that follow from the qualitative and chronological cut that was made above.

**KEYWORDS:** JURISDICTIONAL ACTIVISM; CONSTITUTIONAL JURISDICTION; CONSTITUTIONAL COMPLAINT.

## **1. Introdução**

Neste final da primeira década do século XXI referenda-se a impossibilidade de atuação de um “jurista iluminado” capaz de dar conta do caráter complexo do Direito, fortemente influenciado pela interseção com outras áreas do conhecimento. Impõe-se, portanto, a consolidação de novos direcionamentos para o estudo do fenômeno jurídico, dentre os quais desponta uma construção do conhecimento pautada pelo processo coletivo e dialógico, que possibilite a agregação de pesquisadores, cada qual com suas visões específicas sobre uma ciência multifacetada. Seguindo essa filosofia, e a partir de uma experiência já consolidada de investigação havida no âmbito do grupo de pesquisa inserido no Laboratório de Análise Jurisprudencial – LAJ, investigadores integrantes de diversos Programas de Pós-Graduação em Direito do Estado do Rio de Janeiro reuniram-se para deitar seu olhar sobre um momento muito particular no itinerário da jurisdição constitucional brasileira.

Considerando um universo selecionado da casuística do Supremo Tribunal Federal, buscou-se elucidar peculiaridades relativas às recentes alterações nos rumos de sua atuação político-institucional, tendo em conta, particularmente, o período após o advento da Emenda Constitucional nº 45/04 (Reforma do Judiciário), ademais, acresce a esse contexto, a mudança da composição da Corte, delineada a partir do início do primeiro Governo Luis Inácio Lula da Silva (2002-2006). A partir do estudo empreendido tornou-se nítido o protagonismo social e o caráter ativista assumido por nossa Suprema Corte.

O presente artigo pretende, de forma pontual, delinear uma particular compreensão do termo “ativismo judicial” e associá-lo a posturas havidas no âmbito do Supremo Tribunal Federal, notadamente após a Emenda Constitucional nº 45/04 (A Reforma do Judiciário) e a própria mudança da composição dessa corte a partir do início do primeiro mandato do Governo Luis Lula da Silva (2003-2006). Para tanto, buscar-se-á, em primeiro plano, traçar um mapa do conceito de ativismo, com esteio na tradição norte-americana, berço do termo e local onde alcançou maior aprofundamento teórico. Em seguida, pretende-se realçar dentre as múltiplas significações, aquela que convém ao viés analítico aqui proposto. Cumprida essa primeira etapa, serão colhidos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal indicadores que corroboram a hipótese que atesta ter havido uma guinada ativista na jurisdição constitucional brasileira. Com esse compromisso, serão analisadas decisões que evidenciam a reestruturação da reclamação constitucional, e com isso a redefinição da competência jurisdicional da Corte Suprema por “moto próprio”.

## 2. DELINEANDO O ATIVISMO JUDICIAL A PARTIR DA EXPERIÊNCIA NORTE-AMERICANA

A consulta a duas fontes elementares – ainda que prestigiadas – de conceituação no direito norte-americano, a saber, o *Merriam-Webster's Dictionary of Law* [1] e o *Black's Law Dictionary*, [2] evidenciam que, já de origem, o termo ativismo não encontra uma definição consensual. Se na enunciação da primeira referência, a ênfase se dá ao elemento finalístico – o compromisso com a expansão dos direitos individuais; na conceituação proposta pela segunda, a tônica parece repousar em um elemento de natureza comportamental, qual seja, dar-se espaço à prevalência das visões pessoais de cada magistrado quanto à compreensão de cada qual das normas constitucionais. A dificuldade ainda hoje subsiste, persistindo o caráter ambíguo que acompanha o uso do termo, inobstante seja ele um elemento recorrente tanto da retórica judicial quanto de estudos acadêmicos, adquirindo em cada qual desses campos, diversas conotações.

Curiosamente, a cunhagem original do termo não se deveu a um rebuscado discurso judicial ou a um denso artigo acadêmico; a primeira vez que se tem notícia do seu emprego foi na revista americana *Fortune*, voltada não para juristas, mas para o grande público leigo. No artigo intitulado “*The Supreme Court: 1947*”, o jornalista Arthur Schlesinger Jr. traçou o perfil dos então nove juízes da Suprema Corte norte-americana, classificando como *ativistas judiciais* os juízes Black, Douglas, Murphy e Rutledge, e como *campeões da auto-limitação*, os Juízes Frankfurter, Jackson, Burton e como integrantes de um grupo de centro (Juízes Reed e Vinson).[3] Observe-se que o mencionado autor, ganhador do prêmio Pulitzer e responsável por uma obra dedicada à crítica social americana, com ênfase na exploração do liberalismo exercitado por importantes políticos na história daquele país tinha, nessa perspectiva - inegável elemento condicionante de sua análise – de reconhecer ao traçar uma linha divisória entre juízes ativistas e aqueles exercentes de uma auto-limitação, um simples reflexo de uma tendência liberal ou conservadora no desenvolvimento de sua atividade judicante.

Desde então a expressão tem sido usada por alguns constitucionalistas dos Estados Unidos com uma perspectiva crítica, para imprecisar um comportamento judicial não consoante com a opinião jurisprudencial dominante. Assim, é o caso de Kermit Roosevelt III[4], que observa: *O termo ativismo judicial, como é tipicamente usado, é essencialmente vazio de conteúdo; é simplesmente uma maneira inflamada de registrar a desaprovação frente a uma decisão*” [5]. Esse tom de denúncia, associado à expressão *ativismo judicial* tem se dirigido, tradicionalmente, às cortes de viés político liberal, principalmente à paradigmática Corte Warren. [6] Nos últimos anos, o reverso da moeda também se verifica, através de artigos que demonstram que o ativismo pode ainda estar presente em cortes de tendência conservadora. [7] Hoje, por exemplo, alega-se que a Corte Rhenquist, apesar de sua matriz conservadora, foi bastante atuante em termos de ativismo judicial.

Não obstante o uso assistemático do conceito de ativismo nos debates sobre a política judiciária, seu tratamento no âmbito da pesquisa acadêmica se revela mais metódico. É ainda de Keenan Kmiec [8] a sistematização das definições traçadas ao termo – em sede doutrinária, e mesmo em sua utilização jurisdicional – reconhecendo cinco principais conceituações do ativismo judicial, de uso corrente na atualidade: I) aquela prática dedicada a desafiar[9] atos de outros poderes que sejam de constitucionalidade defensável; II) a prática envolvendo a estratégia de não aplicação dos precedentes; III) a conduta que permite aos juízes legislar “da sala de sessões”; [10] IV) a prática de o julgador afastar-se dos cânones metodológicos de interpretação; finalmente V) julgar para fins de alcançar um resultado pré-determinado.

A multiplicidade de sentidos reconhecida à expressão ativismo judicial oculta, numa primeira aproximação, a vasta complexidade envolvida na adoção efetiva dessa prática por parte de um órgão jurisdicional – especialmente, tendo em conta o objeto específico de cogitação desse artigo, a Corte Constitucional.

O ponto de fragilidade da primeira das manifestações acima indicadas de ativismo judicial, que reconhece como tônica do fenômeno o desafio, ou a pouca deferência à atividade desenvolvida por outro poder, reside em sua potencialidade lesiva ao princípio da separação dos poderes. Isso porque, o judiciário poderia assumir duas posições frente às escolhas políticas realizadas pelo legislador naqueles casos de maior incerteza quanto à correta dicção do texto constitucional: adotar uma postura auto-limitativa (*self-restraint*) e privilegiar à decisão do parlamento frente às questões controversas ou, em segundo lugar, dizer o direito aplicável mesma às questões politicamente sensíveis, o que abriria oportunidade para um ativismo judicial caracterizado pela invalidação por inconstitucionalidade das escolhas políticas dos outros órgãos estatais.

O problema na identificação do ativismo judicial, a partir dessa característica, reside nas dificuldades inerentes ao processo de interpretação constitucional. Afinal, o parâmetro utilizado para qualificar uma decisão como expressando ou não ativismo, reside numa controvertida posição sobre qual é a correta leitura de um determinado dispositivo constitucional. Mais do que isso, não é a mera atividade de controle de constitucionalidade, e por via de consequência, o repúdio ao ato do poder legislativo, que permite por si só a identificação do ativismo como traço marcante de um órgão jurisdicional, mas a reiteração dessa mesma conduta de desafio aos atos de outro poder, diante dos casos difíceis. O problema então reside essencialmente no caráter sempre controverso da delimitação do que são casos difíceis.

O segundo sentido emprestado ao termo, já se disse, guarda relação com o afastamento, pelo julgador, dos precedentes judiciais. Para melhor compreensão do traço identificador da afirmação, cabe repassar brevemente a estruturas dos sistemas jurídicos pertencentes à família da *common law*.

A base desses sistemas é a doutrina do *stare decisis*. Segundo ela as decisões proferidas no passado por órgãos de julgamento superiores devem ser obrigatoriamente seguidas por outros órgãos judicantes inferiores, toda vez que estiverem diante de fatos idênticos (verticalização dos precedentes); e, ademais, um tribunal não deve ignorar suas próprias decisões anteriores (horizontalização dos precedentes) a menos que haja espaço para o *overruling*, que é a desconstituição fundamentada do precedente, que não mais guardará o caráter vinculante que se lhe reconhecia até então. Assim, o ativismo judicial – nessa

segunda vertente de conceituação – estaria caracterizado a partir de uma prática de desrespeito às decisões passadas que detenham força vinculante (vertical ou horizontal) sobre o respectivo órgão judicante.

O problema existente na referida identificação diz respeito à complexidade do próprio sistema de precedentes, nessa sua dupla dimensão horizontal e vertical. Por exemplo, se é quase inquestionável que se pode qualificar como ativista a corte inferior que não respeita os precedentes emanados por uma corte superior (como a Suprema Corte), mais difícil é atribuir a mesma pecha à corte que supera seus próprios precedentes, na medida em que o *overruling*, a rigor, se constitui uma técnica que é própria do sistema. A superação de uma linha equivocada de interpretação ou o ajuste frente a novas circunstâncias históricas, ainda que determine o *overruling*, não é vista pela doutrina como sinal de ativismo.[11]

O terceiro sentido emprestado ao termo ativismo, que tem em conta os *juízes-legisladores*, diz respeito à própria concepção que se tem do direito. Para alguns, o papel dos tribunais não é criar, mas sim revelar o sentido contido implicitamente no texto normativo. Uma corte ativista, nesse sentido, seria aquela que ultrapassa os limites dados pelo texto normativo ao impor sua própria eleição de meios e fins ao tratamento de temas relevantes. A dificuldade gritante de tal abordagem reside na controvérsia insuperável em torno do conceito de direito. A título de exemplo, citemos apenas três expoentes de diferentes escolas jurídicas e suas opiniões quanto à interpretação e a delimitação do direito: a) para Holmes,[12] todo direito é criado pelos tribunais; b) para Hart[13], a criação judicial do direito está circunscrita à zona de penumbra que envolve o núcleo de certeza das proposições jurídicas em geral; c) para Dworkin[14], toda interpretação do direito, embora seja criativa, está pautada não só em *standards* jurídicos quanto na distinção aplicativa entre regras ou princípios. Qual o comportamento adotado por uma Corte que se caracterizaria, portanto, como criar o direito sem autorização para fazê-lo?

Muito próxima, e com os mesmos problemas de compreensão, é a definição que identifica ativismo na prática que envolve o afastamento pela Corte, dos cânones aceitos de interpretação. Têm-se aqui os mesmos problemas apontados na associação do ativismo com o juiz-legislador vistos no parágrafo anterior. Se uma Corte ativista pode ser caracterizada como tal pelo afastamento dos cânones de hermenêutica jurídica (sobretudo constitucional) partilhados pela comunidade de intérpretes –, e portanto, do desenvolvimento de uma atividade que se poderia qualificar como normogênica – o difícil é definir quais seriam esses parâmetros minimamente compartilhados. No âmbito da teoria constitucional norte-americana destaca-se, por exemplo, o debate entre os atuais juízes da Suprema Corte, Antonin Scalia e Stephen Breyer, sobre a correta metodologia de interpretação constitucional[15]. Para o Juiz Breyer, a constituição dos EUA é um ente vivo; portanto, os juízes devem ir além da estrita interpretação literal das leis, sobretudo quando as palavras são ambíguas ou incorporam um valor que só pode ser aplicado em vista das circunstâncias específicas da atualidade. Antonio Scalia, por sua vez, defende o “originalismo”, ou seja, a leitura precisa das palavras da Constituição, levando em conta o que significavam na época em que foram escritas. Como visto, é difícil vislumbrar um consenso sobre os métodos de interpretação constitucional que justifiquem a configuração razoável do ativismo judicial. Tal situação é agravada com o presente debate da internacionalização das decisões da Corte Suprema como aconteceu, recentemente, no denominado caso *Lawrence v. Texas*.[16]

A última definição – que identifica ativismo na prática jurisdicional que tem por objeto alcançar finalidades pré-determinadas – conjuga-se, em dificuldades apontadas às concepções anteriores. Nesse sentido, o ativismo e todos os demais traços percorridos podem se constituir em técnicas ou instrumentos necessários a uma vontade que se vê orientada para obter um resultado pré-determinado pelo julgador. Apesar da aparente clareza desta última definição, seu problema reside na transposição para a verificação empírica. Dificilmente será possível descortinar os motivos subjacentes à decisão judicial, ainda mais de forma a evidenciar que a vontade do julgador tenha sido o principal elemento orientador.

Registre-se por fim, o comentário de Keenan Kmiec[17], de que inobstante a ausência de um conceito monolítico de ativismo, o debate em torno dessa prática – explicitado, naturalmente, o conceito com que se está a operar – permite o deflagrar de uma análise importante acerca da artesanaria judicial; uma oportunidade para a formulação das relevantes questões adjacentes à tática de decisão. É nesse mesmo sentido que caminha a investigação relatada nessa obra, que a partir da identificação de um ativismo que se vai ao longo deste capítulo conceituar, examina a estratégia de construção de decisões do Supremo Tribunal Federal para testar a presença desse traço.

## **2.1 O ATIVISMO JURISDICIONAL**

Evidencia o item anterior que, inobstante as já muitas décadas de utilização do conceito de ativismo, permanece um panorama plural e fugidio na sua conceituação. Então, para fins de traçar um conceito de ativismo judicial útil à análise proposta, é preciso buscar uma definição aberta do termo ativismo judicial, porém, que, ao mesmo tempo, mostre-se precisa o suficiente para guiar a investigação. Nessa perspectiva, mostra-se extremamente útil a contribuição de William Marshall [18]. O autor apresenta uma abordagem distinta da usual, pois, ao invés de trazer uma ou mais definições estanques do termo ativismo, enumera um conjunto de indicadores de ativismo judicial, recolhidos na literatura sobre o tema. Nessa perspectiva, Marshall lista sete indicadores do ativismo: I) o contra-majoritarismo; II) o não-originalismo; III) a ausência de deferência perante os precedentes judiciais; IV) o ativismo jurisdicional; V) a criatividade judicial; VI) ativismo remedial; e VII) o ativismo partidário. [19] A maioria dos itens acima pode ser remetido sem dificuldades a uma das significações de ativismo judicial anteriormente exposta segundo o esquema de Keenan D. Kmiec. [20] Por exemplo, o ativismo partidário encontra seu paralelo na definição de ativismo como julgamento visando obter resultado preestabelecido, o contra-majoritarismo corresponde à declaração de inconstitucionalidade das leis de constitucionalidade defensável, o desrespeito ao precedente é citado pelos dois autores, e assim por diante. Contudo, uma das categorias propostas por Marshall tem especial relevância para a compreensão do fenômeno que buscamos investigar.

O destaque, neste trabalho, se situará no indicador relativo ao *ativismo jurisdicional*. Esse índice é conceituado pelo autor como a *recusa dos tribunais de manterem-se dentro dos limites jurisdicionais estabelecidos para o exercício de seus poderes*.<sup>[21]</sup> No contexto norte-americano o autor identifica essa tendência com o uso expandido que os juízes liberais fizeram da competência supostamente deferida à jurisdição federal. No nosso caso, partiremos desse elemento para a construção de um conceito que, na linha do destaque empreendido por Keenan Kmiec, ressaltando o caráter ativista dos recentes desenvolvimentos da jurisprudência sobre jurisdição constitucional em nosso país,<sup>[22]</sup> permita a provocação das questões que lhe são subjacentes – a que serve uma prática ativista, no sentido de comprometida com uma tendência expansionista dos limites assinalados pelo texto constitucional para o exercício da função jurisdicional?

A tese defendida daqui em diante é a de que o Supremo Tribunal Federal, mediante uma postura ativista, no sentido acima adotado, vem redefinindo os limites de sua própria competência jurisdicional, alcançando áreas e temas que talvez não se contivessem no traçado original da Constituição, alterando, assim, seu próprio peso no concerto político da relação entre os Poderes.

### **3. Ativismo jurisdicional e a reconfiguração pelo STF de instrumentos processuais: análise da evolução reclamação constitucional.**

A reflexão em torno da problemática atinente ao eventual desenvolvimento de práticas ativistas por parte do Supremo Tribunal Federal – particularmente no recorte que se elegeu no item anterior, a saber, aquele do uso de estratégias de expansão das fronteiras de sua própria competência – não pode prescindir de uma avaliação do uso de mecanismos por intermédio do qual o exercício da função jurisdicional possa se relacionar com essa variável, a saber, fixação dos limites competenciais da Corte. Testar a hipótese da existência de um ambiente político, normativo e institucional que favoreça o ativismo jurisdicional exige aferir se, naqueles instrumentos típicos à defesa da competência e do conteúdo dos pronunciamentos da própria Corte, houve – ou não – mudança na compreensão quanto a seus limites e possibilidades.

Reforça ainda a importância de ter-se em conta também as vias de ação – e sua configuração oferecida pelo próprio Supremo Tribunal Federal – a circunstância de que, regendo-se a prestação da jurisdição (e a de fundo constitucional não se traduz em exceção a esse sistema) pelo princípio da inércia, é certo que a manifestação de um comportamento ativista não poderá prescindir de uma reconfiguração dos mecanismos pelos quais se dá a provocação da Corte Suprema ao desenvolvimento de seu papel institucional. A partir dessa premissa, adota-se como objeto de investigação neste segmento do trabalho o instituto da reclamação constitucional – sem prejuízo de referências a outras vias de ação cujas decisões ou uso possam contribuir para a análise da hipótese.

### 3.1. A RECLAMAÇÃO: ANTECEDENTES HISTÓRICOS E CONFIGURAÇÃO JURISPRUDENCIAL

O instituto da reclamação acompanha, em verdade, o Supremo Tribunal Federal, desde a sua instituição – ainda que originalmente, sua sede fosse não legislativa, mas sim, construção jurisprudencial da própria Corte. Assim é que na esteira do desenvolvimento pela Suprema Corte americana, da teoria dos *implied powers* [23] – idéia cuja disseminação ultrapassou, todavia, em muito às fronteiras estadunidenses – a Suprema Corte brasileira recebe, na década de 40, as primeiras peças processuais em que, ainda que sem desenvolvimento teórico, o que se objetivava era o debate acerca do descumprimento, ou cumprimento incorreto de anterior decisão daquele tribunal. [24]

O cabimento em si da reclamação, como veículo próprio à superação de ofensa a julgado do Supremo Tribunal Federal veio a ser afirmado no bojo do Rext 13.828, Rel. o Min. Orozimbo Nonato – e a partir daí, inaugura-se longa controvérsia em relação à possibilidade em si do processamento de tema dessa natureza e gravidade, através de um mecanismo que não se constituía meio processual regular. O debate atravessou ainda – com a inclusão do instituto no corpo do Regimento Interno do STF – etapa na qual se investigava a adequação dessa sede normativa, tema que, já tendo em conta o corte temporal proposto à presente investigação, restou superado com a previsão constitucional do instituto.

Permitimo-nos, assim, passar diretamente aos termos do acórdão proferido na ADI 2212, Rel. a Min. Ellen Gracie, [25] em que se sistematizou, já sob a égide da Carta de 1988, uma compreensão de qual pudesse ser a natureza do instituto – para a partir disso, melhor delimitar o seu alcance. O caso envolvia exatamente a criação de instituto de mesmo nome a objetivo – reclamação – pela Constituição do Estado do Ceará, destinado à preservação da autoridade das decisões de seu próprio Tribunal de Justiça, e na ocasião, afirmou-se:

A história da sua construção e o status constitucional que lhe deu a Carta de 1988 são indicativos de que não se trata de singelo instituto processual, [26] a ser utilizado no bojo de uma relação processual visando à prestação jurisdicional por parte do Estado, que irá, por seus órgãos judiciários, aplicar o direito ao caso concreto. Trata-se, sim, na dicção de José Frederico Marques, de ‘um desdobramento das atribuições jurisdicionais que são conferidas, constitucionalmente, àqueles Tribunais.[27]

Importante observar que no corpo do acórdão – decerto como *dicta* – por várias vezes dá-se a associação entre a reclamação, e o controle abstrato da constitucionalidade das leis; certamente por ser essa a hipótese em que se poderia figurar a existência de interesse de terceiro na preservação da competência ou na garantia da autoridade das decisões do STF. [28]



O mesmo tema - viabilidade da criação da reclamação por constituição estadual, à vista de sua natureza jurídica - é retomado, com idêntica linha de conclusão, a partir da premissa de que se cuide de instituto situado no terreno do direito de petição, no acórdão proferido na ADI 2480, julgamento em 02/04/2007, DJ de 17/04/2007.

Assentada a natureza jurídica do instituto, e a viabilidade de sua invocação para fins de tutela, pelo diretamente interessado, ou por terceiros, da autoridade das decisões da Corte, fato é que cresce exponencialmente o volume de reclamações aforadas, como se verifica da Tabela 1 abaixo:

### **TABELA 1: PROGRESSÃO TEMPORAL NO AJUIZAMENTO DE RECLAMAÇÕES [29]**

É a intensificação do aforamento dessas mesmas reclamações que provoca o aprofundamento do desenho teórico do instituto, a partir do qual se enunciará uma série de outros vetores aos seus limites e possibilidades. Dentre as hipóteses fáticas em que a Corte entendeu não cabível a reclamação, cite-se: a) a interposição preventiva, tendo em conta ato futuro[30]; b) aquelas que tenham por objeto decisão judiciais já transitadas em julgado (Súmula 734/STF); c) aquelas que invoquem como paradigma (decisão violada) o indeferimento pelo Supremo Tribunal Federal de liminar em sede de ADI; [31] d) aquelas cuja análise da eventual violação à autoridade de decisão pretérita esteja a exigir exame de matéria de fato; [32] e) aquelas em que a assertiva proferida em sede do Supremo Tribunal Federal que se afirme violada seja, no acórdão, mero *dicta*; [33] f) aquelas em que a suposta decisão violadora da competência ou autoridade do Supremo Tribunal Federal tenha tão-somente negado providência acauteladora; [34] dentre outras. A enunciação evidencia que o desenho do cabimento do mecanismo de provocação à Corte, tem se dado de forma cautelosa, à vista do evidente caráter excepcional de um instrumento – nos termos da compreensão do Supremo Tribunal Federal – fora dos limites de uma relação processual, pretende fazer valer a autoridade da decisão do órgão de cúpula do Poder Judiciário.

De outro lado, a casuística tem evidenciado as sutilezas presentes no cumprimento do objetivo de “preservar a autoridade” das decisões do STF. A expressão – de conteúdo mais vulgar do que técnico – em verdade encontra dificuldades na fixação de seu real conteúdo.

Some-se a isso, as dificuldades sempre presentes de nossa estrutura de controle de constitucionalidade, onde o convívio em paralelo de sistemas difuso e concentrado pode determinar, agora alcançando um patamar adicional de complexidade com a consagração, no acórdão proferido na ADPF 33, Rel. o Min. Gilmar Mendes, DJ de 27/10/2006, do entendimento de que essa via de ação, *...constituindo-se verdadeira hipótese excepcional de jus postulandi....*, esteja a configurar, à vista de seu caráter subsidiário, *...modalidade de integração entre os modelos de perfil difuso e concentrado no Supremo Tribunal Federal*. Significa dizer que, no campo do controle de constitucionalidade das leis, e ainda no recorte tão-somente das decisões providas preceitualmente de caráter vinculante – onde evidentemente, é possível em tese, se pôr o tema da preservação da autoridade dessas mesmas decisões – temos como fontes possíveis de provimento jurisdicionais a serem preservados, a ADI, a ADC, a ADIO e a ADPF.

A apreciação empírica, todavia, em evidenciado – e aqui já se encontram o *case* e a hipótese da presente pesquisa – venha o STF revertendo aquela orientação inicial mais limitadora do cabimento da Reclamação, cunhando decisões em que se amplia o alcance do instituto, e com isso, decerto, expande sua área de intervenção direta, em conflitos que sequer tinham alcançado sua esfera de apreciação. Vale a consulta a algumas hipóteses.

### **3.2. ALGUNS PRECEDENTES DE EXPANSÃO DO CABIMENTO DA RECLAMAÇÃO.**

Vários são os temas em que, paulatinamente, velhas compreensões se têm reformatado, em relação ao instituto da Reclamação. Assim, a consagração pela Emenda Constitucional nº 3, do instituto da vinculatividade de pronúncia em controle abstrato quanto à constitucionalidade das leis, [35] culminou por determinar a ampliação do elenco de legitimados à propositura da Reclamação, para nele se compreender todo aquele se veja atingido pela negativa de observância desse mesmo efeito vinculante.

No bojo da Rcl 595-SE, Rel. o Min. Sidney Sanches, DJ de 23/05/2003, de outro lado, discutia-se violação à competência do STF, impugnando-se uma decisão de Tribunal de Justiça Estadual que, com base nos termos da Constituição também Estadual, vira a si deferida competência para o controle abstrato de constitucionalidade de lei municipal, em face da constituição federal. Na ocasião, entendeu o Supremo Tribunal Federal lhe fosse possível não só proferir um provimento que desconstituisse a decisão judicial estadual que violava sua competência, mas também *pronunciar incidentalmente, a inconstitucionalidade do preceito contido na Constituição do Estado de Sergipe que usurpava sua competência*. Sublinha-se, portanto, nesse precedente, uma preocupação, quando menos, no mesmo plano, seja para com a tutela do direito violado do Reclamante, seja para com a preservação da competência da Corte no incidente em concreto, e para futuro. Amplia-se, portanto, os limites e possibilidades da reclamação – de forma, todavia, inteiramente consentânea com um instituto que ao se afirmar manifestação de direito de petição, se vê revestido de caráter objetivo e, portanto, com um compromisso com a integridade da ordem constitucional, no plano prospectivo e retrospectivo.

#### **3.2.1. Ampliação das possibilidades da reclamação e transcendência dos motivos determinantes no controle abstrato**

Examina-se, para fins de teste à hipótese proposta na presente investigação, um conjunto de decisões provocadas por atos normativos de diversos Tribunais de Trabalho em todo o país, que equiparavam a não inclusão em verba para pagamento de precatórios em orçamento, à inobservância na ordem do pagamento desses mesmos mandados, para fins de abrir cabimento à ordem de seqüestro de recursos suficientes ao pagamento do débito do Poder Público. A providência determinou o aforamento de diversas reclamações, todas invocando como precedente violado, o acórdão proferido na ADI 1662, onde se assentara, tendo em conta ato do Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo, a inconstitucionalidade da equiparação entre a não-inclusão no orçamento da verba necessária à satisfação de precatórios judiciais e o pagamento a menor, à preterição do direito de precedência, ao argumento de que somente no caso de inobservância da ordem cronológica de apresentação do ofício requisitório é possível a decretação do seqüestro.

O tema foi provocado inicialmente, na Rcl 1923/RG, Rel. o Min. Maurício Corrêa, onde as ordens de seqüestro de recursos pela Justiça do Trabalho se multiplicavam. Consigne-se que aqui – diferentemente do que se dera em São Paulo – não existia um ato normativo arrimando as decisões na Justiça do Trabalho, mas sim a compreensão de que o seqüestro lhe fosse possível determinar em precatórios de pequeno valor, e com o advento da Emenda Constitucional nº 30. A liminar foi proferida e a reclamação conhecida e provida [36] por unanimidade.

O tema retorna no bojo da Rcl 2126, cuja liminar é objeto de *decisão monocrática* do Min. Gilmar Mendes, no exercício de competência que é própria do Relator, no exame agora, de ordem de seqüestro de recursos emanada do Tribunal de Justiça, também de São Paulo, ordem essa cotejada, mais uma vez, com os precedentes estabelecidos na ADI 1662. Afirma o Relator que embora os atos impugnados não guardem identidade absoluta com o tema central da decisão desta Corte na ADI 1.662, o alcance do efeito vinculante das decisões não pode estar limitado à sua parte dispositiva, devendo, também, considerar os chamados *fundamentos determinantes* [37] sem o que a vinculatividade, figura associada em nosso Texto de Base justamente à jurisdição constitucional, pouca contribuição prestaria à proteção mais abrangente à Carta de Outubro. A partir desse raciocínio, defere a liminar para fins de suspender o seqüestro[38], restituindo-se de imediato os recursos aos cofres públicos.[39]

A discussão se apresenta novamente, no Pleno – e agora, com grande e intenso debate – com o ajuizamento da Rcl 1987-DF, mais uma vez de relatoria do Min. Maurício Corrêa, onde novamente se afirma que ordem do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região desrespeitara a autoridade do decidido na ADI 1662. O voto condutor afirmando que a regra jurídica declarada inválida *...é a exegese da norma jurídica aplicável segundo a dicção constitucional fixada pela Corte, e não o texto normativo em sentido estrito...*, cita o precedente já apontado construído pelo Min. Gilmar Mendes (Rcl 2126/SP) e julga procedente a reclamação.

A divulgação de voto da Relatoria encontra imediatamente a reação do Min Sepúlveda Pertence, advertindo que se estaria assim erigindo às razões de decidir, em pronunciamento ainda mais relevante do que a súmula vinculante[40] – na medida em que uma única pronúncia em ADI autorizaria a construção de um critério jurídico de solução aplicado ao caso, que posteriormente poderia ser invocado para fins de reclamação. A divergência é secundada, basicamente pelos mesmos fundamentos, pelo

Min. Marco Aurélio. Finalmente, o voto do Min. Gilmar Mendes retoma, na essência, os argumentos que lançara na Rcl 2126/SP, mas acrescenta ainda extenso elenco de hipóteses em que vários dos Ministros, valendo-se dos termos do art. 557, *caput* e § 1º-A do CPC, viriam aplicando tese fixada em precedentes de controle difuso de constitucionalidade, para nulificar leis emanadas de entes federativos diversos daquele prolator da lei objeto de exame no recurso extraordinário originário[41].

Fato é que a soma de um argumento de suposta incoerência entre decisões pretéritas – ainda que não iluminadas pela adequada percepção de toda a potencialidade de efeitos da tese a elas subjacente – e do argumento pragmático de que um expressivo número de reclamações de mesmo conteúdo se encontrava sobrestado no Supremo Tribunal Federal, culminou por determinar o provimento da Rcl 1987, sem que, a rigor, os aspectos suscitados ao longo dos debates, a demonstrar a necessidade de um maior equacionamento teórico do tema, fossem inteiramente enfrentados.

Fixa-se, portanto, a partir do decidido na Rcl. 1987/DF precedente no sentido da *admissibilidade da transcendência dos motivos determinantes da decisão para fins de provimento de reclamação*. Essa se constitui uma substantiva inovação no sistema, que é reiterada posteriormente nas Rcls. 2986/SE, Rel. o Min. Celso de Mello; [42] 2363/PA, Rel. o Min. Gilmar Mendes, DJ de 01/04/2005; e 4250, Rel. o Min. Cezar Peluso.

O tema, todavia, não se pode em absoluto ter por pacificado. Assim é que inobstante, a reiteração da decisão de transcendência da tese central contida na ADI 1662 para fins de equacionamento de várias reclamações já aforadas, fato é que a ainda não pacificação dessa matéria foi invocada inclusive como fundamento, pelo Min. Carlos Britto, para o indeferimento, em 04/12/2006, de liminar em reclamação de mesmo contorno. [43]

Na ocasião, a rigor, consignava o Min. Carlos Britto, a existência, então em curso de votação, de questão de ordem articulada nos autos da Rcl. 4219, em que se examinava justamente, sobre que parcela do provimento jurisdicional proferido em sede de controle concentrado de constitucionalidade, seria de recair o efeito vinculante que é próprio das decisões nessa sede. O tema, enriquecido na sua polêmica pelo voto do Relator – que circunscrevia a vinculatividade ao dispositivo – e pelo voto divergente do Min. Eros Grau, [44] divulgado em Plenário em 07/03/2007; restou prejudicado na análise pelo passamento do reclamante, de que decorreria a ausência de utilidade da eventual prestação jurisdicional, nos termos do decidido pelo Relator em 09/10/2007. [45]

De outro lado, registre-se mais recentemente – e de forma significativa – o voto do Min. Gilmar Mendes na Rcl. 4987/PE, DJ de 13/03/2007. Aqui, examina-se reclamação direcionada contra ato do TRT/PE, que reconhecia como crédito de pequeno valor e, portanto, sujeito a processamento e pagamento prioritário, os valores que reconheceria em favor de trabalhador em ação movida em face do Município de Petrolina – em dissonância com o que estabelecia lei municipal, que fixava, tendo em conta a realidade da municipalidade, o valor-referência para precatório de pequeno valor em cifra inferior. A decisão da Justiça Laboral, dizia-se, afrontava à autoridade do Supremo Tribunal Federal no estabelecido nos autos da ADI nº 2.868/PI, Relator Min. Carlos Britto, Redator p/ o acórdão Min. Joaquim Barbosa, DJ 12.11.2004, em que examinando a constitucionalidade de *lei estadual* que empreendia à mesma providência – a saber, fixação do limite do que seja precatório de pequeno valor – reconheceria

competência a cada entidade federada para empreender a esse juízo, tendo em conta sua própria realidade financeira.

Há uma sutileza adicional acrescentada agora pela hipótese: o cotejo se dá envolvendo não só leis distintas (a estadual, objeto da ADI, e a municipal, desconsiderada pelo ato contra o qual se dirige a reclamação); mas também, a tese de extensão da mesma regra de solução estaria a exigir que a afirmação anterior – os *Estados* têm competência para fixar o que seja precatório de pequeno valor – pudesse ser reconfigurada ou explicitada na hipótese presente, que envolve também a ente federado, mas não o mesmo que se tinha em conta no caso paradigma, a saber, ADI 2868.[46] É a diferença fática – e possivelmente, as ainda incertezas da Corte em relação aos limites e possibilidades da reclamação *vis-a-vis* a transcendência dos motivos determinantes – que leva o fundamento da decisão monocrática, exarada pelo Min. Gilmar Mendes na matéria, a outra trilha. Vejamos:

A tendência hodierna, portanto, é de que a reclamação assuma cada vez mais o papel de ação constitucional voltada à proteção da ordem constitucional como um todo. Os vários óbices à aceitação da reclamação em sede de controle concentrado já foram superados, estando agora o Supremo Tribunal Federal em condições de ampliar o uso desse importante e singular instrumento da jurisdição constitucional brasileira. Nessa perspectiva, **parece bastante lógica a possibilidade de que, em sede de reclamação, o Tribunal analise a constitucionalidade de leis cujo teor é idêntico, ou mesmo semelhante, a outras leis que já foram objeto do controle concentrado de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Como explicado, não se está a falar, nessa hipótese, de aplicação da teoria da "transcendência dos motivos determinantes" da decisão tomada no controle abstrato de constitucionalidade. Trata-se, isso sim, de um poder ínsito à própria competência do Tribunal de fiscalizar incidentalmente a constitucionalidade das leis e dos atos normativos.** E esse poder é realçado quando a Corte se depara com leis de teor idêntico àquelas já submetidas ao seu crivo no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade. Assim, em relação à lei de teor idêntico àquela que já foi objeto do controle de constitucionalidade no STF, poder-se-á, por meio da reclamação, impugnar a sua aplicação ou rejeição por parte da Administração ou do Judiciário, requerendo-se a declaração incidental de sua inconstitucionalidade, ou de sua constitucionalidade, conforme o caso. (Grifo nosso)

Distinta a abordagem proposta pelo Min. Gilmar Mendes na Rcl. 4987/PE, e aquela suscitada pelo Min. Eros Grau na já referida Rcl. 4219/SP. Enquanto este último sustenta que o conteúdo em si da decisão proferida em sede de controle de constitucionalidade compreende, mais do que o juízo de (des)valor acerca de um preceito ou conjunto deles, para alcançar o processo integrado e interpretação constitucional empreendido na análise do caso; o Min. Gilmar Mendes sustenta possa a reclamação se apresentar como oportunidade para o exercício do poder de fiscalização da constitucionalidade das leis, provocado não pelo ajuizamento das figuras próprias – ADI, ADC, ADIO e ADPF – mas por essa ferramenta mais universalizada que é a reclamação.

### 3.3.2. Ampliação das possibilidades da reclamação e limites subjetivos da decisão em controle concreto.

Outro movimento significativo de expansão dos limites e possibilidades de investigação jurisdicional através do instituto da reclamação é aquele atinente ao reconhecimento de seu cabimento para fins de extensão a outros sujeitos, não integrantes da demanda originária, dos efeitos da decisão havida em sede de controle concreto.

Exemplo de viveiro dessa tendência é a decisão proferida nos autos da Rcl. 4335 Relator o Min. Gilmar Mendes, onde se discute a reverência aos termos da decisão proferida no julgamento HC 82959, em que a Corte reconheceu a inconstitucionalidade do parágrafo 1º, do art. 2º, da Lei 8.072/1990 – “Lei dos Crimes Hediondos” – que proibia a progressão de regime de cumprimento de pena nos crimes hediondos. Na ocasião, a Defensoria Pública do Estado do Acre, asseverava que, com a pronúncia – ainda que incidental – da inconstitucionalidade do dispositivo acima mencionado, revelava-se infundada a decisão do juízo de execuções penais que fundada no caráter *inter partes* da decisão havida na ação individual, recusara progressão de regime em favor de seus assistidos.

Em resumida síntese, afirma o Ministro Relator que, com a modificação significativa introduzida pela Constituição de 1988 aos mecanismos de controle de constitucionalidade, com ênfase no controle abstrato – em verdade, o mais revestido de aptidão à preservação em si do Texto Fundante –; seria de se empreender a releituras dos institutos vinculados ao controle incidental de constitucionalidade. Uma delas, já perpetrada pelo Supremo Tribunal Federal – é o argumento do Min. Gilmar Mendes – foi o temperamento do sentido do art. 97 da CF, que exigia a pronúncia do Plenário dos Tribunais para fins de afirmação da inconstitucionalidade.[47] Aponta-se ainda a impossibilidade de conciliar o modelo tradicional de controle difuso – a exigir, para a outorga de efeitos *erga omnes* à decisão de inconstitucionalidade, a intervenção do Senado Federal – e a multiplicação das demandas coletivas, que podem conter como prejudicial lógica, a análise da constitucionalidade de lei, eventualmente já objeto de cogitação em anterior recurso extraordinário.

A tese mereceu o apoio do Min. Eros Grau, mas encontrou ainda resistência – no que toca especificamente ao uso da reclamação para fins de contraste entre uma situação individual, e a pronúncia anterior de inconstitucionalidade no caso concreto – de parte dos Ministros Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa,[48] que recebendo o processado como direito de petição, optavam por conceder o *habeas corpus* de ofício, garantindo, pragmaticamente, o resultado desejado, sem se comprometer, todavia, com a tese da extensão dos limites subjetivos da decisão havida em sede de controle difuso da constitucionalidade das leis.[49]

Fato é que constitui premissa da admissibilidade da ampliação dos limites subjetivos à pronúncia de inconstitucionalidade via reclamação, o reconhecimento – propugnado no voto do Min. Gilmar Mendes – da *mutação constitucional* operada sobre

o art. 52, X da CF, que esvaziaria de qualquer conteúdo operante o mencionado dispositivo, para reconhecer a desnecessidade da intervenção do Senado Federal para a outorga de efeitos *erga omnes* à decisão. Essa tese, todavia, que permite em nome de mutação constitucional, a desconsideração de um texto que existe, desafia inúmeras indagações não resolvidas, [50] pelo que, se apresenta ainda tão-somente como uma idéia, que só tempo dirá quanto à sua aptidão à adesão.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS: A RECLAMAÇÃO E O ATIVISMO JUDICIAL.**

O breve percurso a casos significativos envolvendo a reconfiguração do instituto da reclamação está a evidenciar, do ponto de vista concreto, uma expansão – por força exclusivamente do labor jurisprudencial – sob todos os prismas, das suas potencialidades.

Essa ampliação da sua esfera de cognição e de providências jurisdicionais possíveis se manifesta pela ampliação do elenco de legitimados, passando pelo reconhecimento da possibilidade de pronúncia incidental de inconstitucionalidade de lei no bojo da própria reclamação, até alcançar às propostas mais audaciosas da transcendência dos motivos determinantes. Em todos os sentidos expandem-se as fronteiras da reclamação, e com isso, as possibilidades de intervenção direta do Supremo Tribunal Federal no tratamento de temas que não terão, necessariamente (como originalmente concebido no sistema constitucional) percorrido a estrutura hierarquizada do Judiciário, sendo passíveis de submissão diretamente, à apreciação da Corte Constitucional.

Inequívoco que, no sentido fixado acima, identifica-se uma prática que traduz um ativismo qualificado como jurisdicional – a construção jurisprudencial de um novo patamar de competências, atraindo para a esfera de cogitação do STF temas que em princípio não seriam suscetíveis de elevação direta a seu conhecimento; ou ainda, reconhecendo maior amplitude ao conjunto de interferências possíveis no funcionamento dos demais poderes[51].

Impõe-se sublinhar, por absoluta honestidade intelectual, que o reconhecimento da importância – nesse quadra institucional da Suprema Corte – do desenvolvimento do ativismo, é algo que já se veicula expressa e claramente dentre os Ministros da Suprema Corte. Assim é que o Min. Celso Mello, em sua saudação na solenidade de posse do Min. Gilmar Mendes, na Presidência da Suprema Corte, em 23/04/2008, já excluía da possibilidade de censura o desenvolvimento de práticas ativistas voltadas a “...fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos”[52]. Mais ainda, prossegue o decano da Corte, afirmando que

*De outro lado, Senhor Presidente, a crescente judicialização das relações políticas em nosso País resulta da expressiva ampliação das funções institucionais conferidas ao Judiciário pela vigente Constituição, que converteu os juízes e os Tribunais em árbitros dos conflitos que se registram na arena política, conferindo, à instituição judiciária, um protagonismo que deriva naturalmente do papel que se lhe cometeu em matéria de jurisdição constitucional,*

Mais facilmente vêm à tona, portanto, as referências à arena política e à superação dos impasses institucionais, do que a premissa de que a efetividade que se busca, não é do mapa da arquitetura do poder, mas sim – e principalmente – dos compromissos valorativos que a Carta de Outubro, expressa com a enunciação de um expressivo elenco de direitos fundamentais.

No tema das reclamações, o argumento apontado como justificador/legitimador da sua reconfiguração jurisprudencial, é a racionalização (e por trás disso, o *enforcement* das competências que são próprias à Corte. Assim, a transcendência evitaria a multiplicidade de demandas e garantiria a uniformização de tratamento; a possibilidade de pronúncia incidental de inconstitucionalidade de normas outras, que não as concretamente examinadas na decisão paradigma abreviariam a solução de uma questão que poderia demorar anos a alcançar o Supremo Tribunal Federal – e com isso tutela não só à constituição, mas também, por via oblíqua, à segurança jurídica.

Assim, a prática está a demonstrar que, embora o STF esteja enveredando por uma trajetória de desenvolvimento do identificado ativismo jurisdicional, essa mesma opção de política judiciária – de parte de uma corte que, tendo por instrumento principal de trabalho um instrumento político, há de desenvolver, inevitavelmente, função política – não tem encontrado um discurso de fundamentação que invoque como pedra angular, a tutela dos direitos fundamentais.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Reclamação constitucional no direito brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2000.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. [trad. Jefferson Luiz Camargo]. São Paulo: Martins Fontes, 2002.



GARNETT, Richard W. Debate: Judicial Activism and its Critics. In: *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 155, 2006.

HART, H.L.A. *O conceito de Direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. Tradução de João V. G. Cuter. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003.

HOLMES, Oliver W. Jr. O Caminho do Direito. In MORRIS, Clarence. *Os Grandes Filósofos do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HUFFMAN, Max. Using All Available Information. In: *Review of Litigation*. vol. 25, nº 3, 2006. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=906597>>. Acesso em 21/11/2007.

JUDICIAL ACTIVISM. *Merriam-Webster's Dictionary of Law*. Disponível em: <[http://dictionary.reference.com/browse/judicial activism](http://dictionary.reference.com/browse/judicial%20activism)> Acesso em: 26/09/2008.

KERPEL, Ana Laura Malagoni. *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*. Madrid: MacGraw-Hill, 2001.

KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of judicial review. In: *California Law Review*, Inc. October, 2004.

MARSHALL, William P. Conservative and the seven sins of judicial activism. In: *University of Colorado Law Review*. vol. 73, september, 2002. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=330266>>, última consulta em 13 de agosto de 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. A ação declaratória de constitucionalidade: a inovação da Emenda Constitucional nº. 3, de 1993. In: *Ação declaratória de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1994.

\_\_\_\_\_. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: comentários à lei nº. 9.882, de 3-12-1999*, São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

\_\_\_\_\_. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

ROOSEVELT III, Kermit. *The Myth of Judicial Activism: making sense of Supreme Court Decisions* New Haven – Yale University Press 2006

STRECK, Lenio Luiz Streck, OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni e LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. *Mutações na corte: a nova perspectiva do STF sobre controle difuso*. Disponível em <<http://www.leniostreck.com.br>>, última consulta em 24 de fevereiro de 2008.

---

[1] A versão on line do mencionado dicionário define judicial activism como "...the practice in the judiciary of protecting or expanding individual rights through decisions that depart from established precedent or are independent of or in opposition to supposed constitutional or legislative intent...". JUDICIAL ACTIVISM. Merriam-Webster's Dictionary of Law. Disponível em: <[http://dictionary.reference.com/browse/judicial activism](http://dictionary.reference.com/browse/judicial%20activism)> Acesso em: 26/09/2008.

[2] "...a philosophy of judicial decision-making whereby judges allow their personal views about public policy, among other factors, to guide their decisions, usu. with the suggestion that adherents of this philosophy tend to find constitutional violations and are willing to ignore precedent."

[3] Ilustrativa a leitura de Keenan Kmiec, que recupera importantes elementos do sentido original que Schlesinger Jr. pretendeu emprestar ao termo, que traduziria uma concepção da indissociabilidade entre direito e política, e de que as decisões judiciais pudessem ser finalisticamente orientadas. KMIEC, Keenan. D. The origin and current meanings of judicial review. In: *California Law Review*, Inc. October, 2004.

[4] ROOSEVELT III, Kermit. *Myth of Judicial Activism: making sense of Supreme Court Decisions* New Haven – Yale University Press 2006

[5] GARNETT, Richard W. Debate: Judicial Activism and its Critics. In: *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 155, 2006, p. 112.

[6] A Corte de Warren (1953–1969), assim designada em alusão ao seu presidente, Earl Warren, foi responsável por célebres e controvertidas decisões que expandiram o espectro das liberdades civis nos E.U.A. Hoje, seu legado é tido quase como sinônimo de ativismo judicial.

[7] MARSHALL, William P., Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism. In: *University of Colorado Law Review*, vol. 73, September, 2002.

[8] Id. Ibid. 2004, pp.1463-76.

[9] A expressão, no idioma original, é *strike*, que se reveste de uma generalidade que não comportaria uma tradução por anular, ou desconstituir – por isso, a opção por uma expressão do idioma pátrio, de uso corrente, como desafiar, que expressa esse sentido genérico de não-concordância e intervenção.

[10] Aqui também a tradução literal é inviável; a expressão norte americana é "...legislate from the bench...".

[11] A propósito, Ana Laura Magaloni Kerpel, sinaliza a relativização do precedente no sistema americano, bem como do sistema do *stare decisis* e a criação judicial do Direito. A figura do *obiter dicta*, permite aos operadores jurisdicionais e aos juízes “predizer” ou “prognosticar” uma futura maneira de resolver uma questão hipotética conexa ao caso sob exame – em que a *dicta* aparece manifesta. É essa complexa combinação de vetores que gera o chamado “vigor convincente”, em razão do grau hierárquico da autoridade que a emite, é que garantirá que no futuro as decisões dos órgãos jurisdicionais hierarquicamente inferiores não seja revogadas; ou que os magistrados possam prever as conseqüências de determinadas condutas dentro do marco uma eventual “litis” de natureza constitucional. (KERPEL, Ana Laura Malagoni. *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*. Madrid: MacGraw-Hill, 2001, *passim*).

[12] HOLMES, Oliver W. Jr. O Caminho do Direito. In MORRIS, Clarence. *Os Grandes Filósofos do Direito*. 2002, pp.425-439.

[13] HART. H. L. A. *O conceito de Direito*. 2005.

[14] DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 2002.

[15] Ver: HUFFMAN, Max. Using All Available Information. In: *Review of Litigation*. vol. 25, nº 3, 2006, pp. 501-528. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=906597>>. Acesso em 21/11/2007. Neste artigo o autor contrasta às teorias dos dois juízes mencionados.

[16] Trata-se de caso decidido em 26 de junho de 2003 a respeito da prática de sodomia. A internacionalização efetivou-se no sentido da sua descriminalização tendo em vista a postura adotadas em sociedades como a Grã Bretanha. Alguns constitucionalistas criticaram a decisão da Corte Suprema americana por ter de fato enfrentado o problema da privacidade. Pois o julgado ora comentado tangenciou a questão fundamentado-se na linha de ter havido “desuetude” da lei verbete de Morris L. Cohen in *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States* org. por Kermit L Hall Oxford: Oxford University Press, 2005, páginas 572 a 573

[17] KMIEC, Keenan D. The origin and current meanings of judicial review. In: *California Law Review*, Inc. October, 2004.

[18] MARSHALL, William P. Conservatives and the seven sins of judicial activism. In: *University of Colorado Law Review*. Forthcoming, vol. 73, September, 2002.

[19] *Id. Ibid.* 2002.

[20] KMIEC, Keenan D. The origin and the current meanings of judicial activism. In: *California Law Review*. October, 2004.

[21] MARSHALL, William P. *Ibid.* 2002.

[22] É esclarecedor compararmos esse viés do ativismo com a evolução após a promulgação da Emenda Constitucional nº 45 dos institutos processuais da Reclamação Constitucional e do Mandado de Injunção. Nos últimos anos os dois institutos vêm

perdendo sua natureza original de instrumento de tutela de direitos individuais para ingressarem, por indicativo das interpretações constitucionais procedidas pelo Supremo Tribunal Federal, na seara dos processos objetivos de tutela de controle de constitucionalidade das leis e atos do poder público. Essas transformações serão por nós apresentadas sob a ótica do ativismo jurisdicional, uma vez que a guinada da jurisprudência do próprio STF foi o fator principal para a reestruturação de tais institutos.

[23] O *leading case* no tema é *McCulloch vs. Maryland*, onde se discutia – a partir da distribuição constitucional de competências entre as entidades federadas – quais os poderes que se poderia, inobstante não enunciados explicitamente, se reputar conferidos como meios necessários à garantia do exercício de atribuições, essa expressamente enunciadas. A partir da premissa de que “...*a power without the means to use it is a nullity...*”, Marshall sublinha a necessidade do reconhecimento de poderes implícitos, cuja medida de controle e legitimidade todavia, será a relação de instrumentalidade à garantia do exercício dos poderes expressamente atribuídos: “...*The power being given, it is the interest of the nation to facilitate its execution. It can never be their interest, and cannot be presumed to have been their intention, to clog and embarrass its execution, by withholding the most appropriate means...*”

[24] DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Reclamação constitucional no direito brasileiro*. 2000, pp. 172-3.

[25] Registre-se que a *quaestio* foi submetida originalmente a Plenário pela análise do requerimento liminar, então sob relatoria do Min. Octavio Gallotti, em sessão havida em 25/05/2000, DJ de 30/03/2001. Na ocasião, a Suprema Corte entendeu – diferentemente do que viria a fazer na análise de mérito – de suspender a eficácia do dispositivo, por sua natureza processual, tornando exigível portanto a intervenção do legislador federal, à vista da competência privativa da União para legislar no tema. Consigne-se ainda a originária divergência do Min. Marco Aurélio, já repudiando a afirmada natureza processual do instrumento, vinculando-o, ao contrário, ao prestígio às decisões da Corte.

[26] Nesse compasso, afasta-se a Corte dos precedentes anteriormente estabelecidos – notadamente, o dos Embargos Infringentes na Representação 1092, Redator para o acórdão o Min. Djaci Falcão – no sentido de que processual fosse a natureza da reclamação.

[27] Lê-se nas entrelinhas, o argumento dos poderes implícitos, invocado pela Corte para a própria criação do instituto, e retomado nessa mesma ADI, em sua literalidade, no voto de Pertence.

[28] Interessante o dado histórico de que o hoje Min. Gilmar Mendes, à época, Advogado Geral da União, já pugnava, na intervenção promovida por aquela instituição e transcrita pela Ministra Ellen Gracie, que o melhor equacionamento da matéria seria promover-se a uma interpretação conforme à Constituição, “... ‘*para o fim de admitir, em caráter exclusivo, a reclamação para preservar a eficácia das decisões proferidas no controle abstrato de normas perante as Cortes Estaduais.*’ Segundo o então Advogado-Geral, Min. Gilmar Mendes, não existiria no caso ofensa à competência da União para legislar sobre direito processual (artigo 22, inciso I da Constituição Federal), pois ‘o instituto da reclamação constitui inexorável decorrência da eficácia geral e do efeito

vinculante do controle abstrato de norma deferido pela Constituição Federal aos Tribunais de Justiça’, situando-se no âmbito do direito constitucional.” Observe-se que a compreensão desse jurista, agora já com assento na Corte, quanto à vinculatividade da pronúncia de inconstitucionalidade, vem se expandindo para também compreender às decisões havidas no controle difuso, como melhor se verá no Capítulo 3.

[29] Fonte: Dados estatísticos do STF na página institucional da Corte, disponível em <<http://www.stf.gov.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=pesquisaClasse>>, última consulta em 24 de fevereiro de 2008.

[30] Fixando a compreensão, consulte-se a Reclamação 3982, Rel. o Min. Joaquim Barbosa, DJ de 14/12/2007.

[31] Rcl. – AgrReg. 810 –, Rel. o Min. Marco Aurélio, DJ de 29/11/2004.

[32] Rcl. – AgrReg 3963, Rel. o Min. Ricardo Lewandowski, DJ de 19/10/2007.

[33] Rcl. – AgrReg 2475, Rel. o Ministro Carlos Velloso, DJ de 01/02/2008.

[34] Rcl. – AgrReg 3382, Rel. o Ministro Ricardo Lewandowski, DJ de 06/06/2007.

[35] Registre-se a polêmica em torno da extensão da vinculatividade, originalmente prevista tão-somente em relação à ação declaratória de constitucionalidade (Emenda Constitucional nº 3), e depois explicitado como aplicável também às pronúncias de vício de raiz (Emenda Constitucional nº 45).

[36] A rigor, o provimento foi parcial posto que, à conta de ordens já proferidas, recursos já tinham inclusive sido entregues aos credores, não sendo a reclamação a sede adequada para a articulação de pedido de restituição dos valores indevidamente seqüestrados.

[37] Vale a consulta aos termos da decisão monocrática onde o Ministro Gilmar Ferreira Mendes sintetiza as correntes da doutrina alemã relacionadas à parcela da decisão judicial em relação à qual se dê o efeito vinculante, assinalando que a limitação desse efeito à parte dispositivo da decisão implicaria em equipará-lo à coisa julgada.

[38] Essa mesma decisão volta a ser referida mais abaixo, na análise do tema da transcendência dos motivos determinantes.

[39] A reclamação foi objeto de pedido de desistência, não tendo alcançado, portanto, decisão de mérito.

[40] Em verdade, havia uma sutileza na hipótese, sublinhada pelas sucessivas intervenções do Ministro Pertence. É que a ADI 1662 cuidava de um instrumento normativo do TRT/SP aditado *anteriormente* aos termos da Emenda Constitucional nº 30; já a ordem de seqüestro que na Rcl. 1987 se discutia, invocada como fundamento, justamente a ordem constitucional reconfigurada pela EC 30. Agredia, assim, à sensibilidade do julgador, que se pudesse reconhecer vinculatividade a uma decisão editada *sob distinta moldura constitucional no tema específico*.

[41] O tema remanesce ainda pleno de sutilezas. Afinal, a invocação de precedentes como fundamental à nova decisão que agora se põe é técnica de pronúncia de que o STF sempre se valeu, sem que isso implicasse em afirmação do reconhecimento da transcendência dos motivos determinantes, mas sim pelo que representava de evidência de coerência interna nas decisões da Corte.

[42] A reclamação ainda não viu concluído seu processamento.

[43] “Daí a presente reclamação, na qual o acionante pede, inicialmente, a aplicação da *transcendência dos motivos determinantes* da ADI 2.868/PI para que, em sede de medida liminar, sejam suspensos os efeitos do ato reclamado, até o julgamento de mérito da presente reclamatória. No mérito, pede que a decisão impugnada seja definitivamente cassada. 4. É o relatório. 5. Passo a decidir. Ao fazê-lo, tenho que a pretensão acautelatória não comporta deferimento. Isto porque, no julgamento da precitada ADI 2.868, este Supremo Tribunal examinou a validade constitucional da Lei piauiense nº 5.250/02. Diploma legislativo, esse, que fixa, no âmbito da Fazenda Estadual, o *quantum* da obrigação de pequeno valor. Logo, o deferimento da liminar em tela (e porque não dizer até o próprio cabimento desta reclamatória) passa, necessariamente, pela possibilidade de atribuir-se efeitos irradiantes aos motivos determinantes do decisum tomado no controle abstrato de normas. E o fato é que, recentemente, em 21.09.2006, no bojo da Rcl 4.219-QO, este colendo Tribunal retomou a discussão quanto à aplicabilidade da chamada *transcendência dos fundamentos determinantes*”, *oportunidade em que quatro ministros já externaram entendimento negativo à adoção dessa tese*. 6. *Esse o quadro, indefiro a liminar*.

[44] *...Isso significa que a decisão de mérito em uma determinada ADI ou em uma determinada ADC – aquela referida pelo § 2º do artigo 102 da Constituição do Brasil – não pode ser concebida como a singela indicação de que certo texto normativo infraconstitucional é inconstitucional ou não. A decisão de mérito definida pelo Supremo Tribunal Federal em ação direta de inconstitucionalidade ou ação declaratória de constitucionalidade é muito mais ampla, porque envolve a interpretação da Constituição, toda ela, não de apenas um texto normativo infraconstitucional isolado. Aqui não se trata de debatermos teorias sobre fundamentos ou motivos determinantes da declaração de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade. A decisão de mérito do STF não pode ser cindida, a fim de que se negue eficácia contra todos e efeitos vinculantes à interpretação que ele, STF, confere ao texto da Constituição ao apreciar ações diretas de inconstitucionalidade e ações declaratórias de constitucionalidade.*

[45] Tenha-se em conta de que o objeto da reclamação era decisão em concreto, relacionada ao regime de aposentação do Reclamante, pelo que, correta a afirmação de que do prosseguimento do feito não poderia resultar prestação útil.

[46] Curioso registrar que a possibilidade de se ver a Corte confrontada com situação bem parecida, foi antecipada pelo Min. Sepúlveda Pertence, por ocasião do julgamento da Rlc. 1987 – já narrada nesse subitem. Na ocasião, manifestando sua divergência, no curso dos debates, e dirigindo-se ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes, dizia Pertence: *Não Ministro Gilmar Mendes. Não é a lei posterior. Estou dizendo que todos os estados que tiverem leis semelhantes a uma que tivermos examinado, vão invocar os fundamentos da nossa decisão para dizer que o Supremo já decidiu que a lei estadual*

*semelhante é constitucional ou inconstitucional.* Na ocasião – estrategicamente – o Ministro Gilmar Ferreira Mendes destacou que a hipótese que se examinava envolvia aplicação de ato administrativo, e por isso, propunha o prosseguimento do julgamento, proposta que, como se viu, restou vencedora.

[47] *O Supremo Tribunal Federal percebeu que não poderia deixar de atribuir significado jurídico à declaração de inconstitucionalidade proferida em sede de controle incidental, ficando o órgão fracionário de outras Cortes exonerado do dever de submeter a declaração de inconstitucionalidade ao plenário ou ao órgão especial, na forma do art. 97 da Constituição. Não há dúvida de que o Tribunal, nessa hipótese, acabou por reconhecer efeito jurídico transcendente à sua decisão. Embora na fundamentação desse entendimento fale-se em quebra da presunção de constitucionalidade, é certo que, em verdade, a orientação do Supremo acabou por conferir à sua decisão algo assemelhado a um efeito vinculante, independentemente da intervenção do Senado. Esse entendimento está hoje consagrado na própria legislação processual civil (CPC, art. 481, parágrafo único, parte final, na redação da Lei n. 9756, de 17.12.1998).*

*De qualquer sorte, a natureza idêntica do controle de constitucionalidade, quanto às suas finalidades e aos procedimentos comuns dominantes para os modelos difuso e concentrado, não mais parece legitimar a distinção quanto aos efeitos das decisões proferidas no controle direto e no controle incidental.*

*Somente essa nova compreensão parece apta a explicar o fato de o Tribunal ter passado a reconhecer efeitos gerais à decisão proferida em sede de controle incidental, independentemente da intervenção do Senado. O mesmo há de se dizer das várias decisões legislativas que reconhecem efeito transcendente às decisões do STF tomadas em sede de controle difuso (extraído do voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, na mencionada Rcl. 4335).*

[48] A reclamação ainda não teve concluído seu julgamento, encontrando-se com vista aberta ao Ministro Lewandowski.

[49] A consulta à base de dados do Supremo Tribunal Federal evidencia que, apontado o caminho mais consensual – do *habeas corpus*, a requerimento ou de ofício – voltaram-se as demandas subsequentes envolvendo à mesma tese, para essa via de ação (consulte-se os HC 89827, Rel. o Ministro Carlos Britto, DJ de 27/02/2007; 91122, Rel. o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 11/05/2007, dentre outros).

[50] *“...se o texto “mutado” é obsoleto - como textualmente diz o Ministro Eros Roberto Grau — como admitir que o STF “faça” outro, que confirme a tradição? De que modo se chega a conclusão de que “um texto constitucional é obsoleto”? E de que modo é possível afirmar que, “por ser obsoleto”, o Supremo Tribunal Federal pode se substituir ao processo constituinte derivado, único que poderia substituir o texto “obsoleto”? A tradição não residiria exatamente no fato de termos adotado — e ratificado em 1988 — o sistema misto de controle de constitucionalidade? A tradição não estaria inserida na própria exigência de remessa ao Senado, buscando, assim, trazer para o debate — acerca da (in)validade de um texto normativo — o Poder Legislativo, único que pode tratar do âmbito da vigência, providência necessária para dar efeito erga omnes à decisão que julgou uma causa que não tinha uma tese, mas,*



*sim, uma questão prejudicial?...*” (Extraído do voto do Ministro Eros Grau da Rcl. 4335-AC)

[51] A tendência se identifica em várias outras pronúncias do STF, sendo sempre oportuna a referência, posto que temas recentes e ainda gerando ecos, às decisões proferidas na ADIO 3682, em que o STF – divergindo de anterior orientação consolidada – assinalou prazo para que o legislativo editasse a lei complementar previsto no art. 18, § 4º da CF, e ainda não editada.

[52] Disponível em  
<<http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCM.pdf>>, última consulta em 30 de agosto de 2008.