

## ATIVISMO DIALÓGICO NO MODELO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO E NOS JULGAMENTOS DO STF

Romeu Da Cunha Gomes<sup>1</sup>

Bruna Raquel Santana Cerqueira<sup>2</sup>

**RESUMO:** O ativismo judicial é uma realidade incontornável no cenário brasileiro atual. Seja pela posição expansiva adotada pelo Supremo Tribunal Federal, seja pelo modelo que o ordenamento jurídico brasileiro assumiu no período que se seguiu à Constituição de 1988. As diversas alterações constitucionais (a exemplo da EC 45/2004) e as leis aprovadas (veja-se os exemplos das Leis nºs 9.868 e 9.882, ambas de 1999) parecem indicar a existência inevitável do ativismo e até mesmo de protagonismo do Supremo Tribunal Federal. Contudo, há variadas formas de ativismo, do antidialógico ao dialógico, e se faz necessário perquirir qual o modelo de ativismo desejado pelo texto constitucional. O ativismo antidialógico revela-se a forma ilegítima de ativismo, por provocar bloqueios à atividade dos demais poderes. O ativismo dialógico, por sua vez, legitima-se por fomentar o diálogo entre os poderes e amolda-se ao sistema constitucional brasileiro.

**PALAVRAS-CHAVES:** Ativismo judicial. Ativismo patológico. Ativismo dialógico. Diálogos constitucionais.

**ABSTRACT:** Judicial activism is an unavoidable reality in the current Brazilian scenario. Whether by the expansive position adopted by the Federal Supreme Court or by the model that the Brazilian legal system assumed in the period following the 1988 Constitution. The various constitutional changes (such as EC 45/2004) and the approved laws (see The examples of Laws 9,868 and 9,882, both from 1999) seem to indicate the inevitable existence of the activism and even the leading role of the Federal Supreme Court. However, there are various forms of activism, from antidialogical to dialogical, and it is

<sup>1</sup> Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Feira de Santana/BA e pós-graduado em Direito Público pela Faculdade Baiana de Direito. Professor de Direito Constitucional da Faculdade Regional de Alagoinhas/BA – FARAL. E-mail: romeugomes.adv@gmail.com

<sup>2</sup> Graduanda do 5º semestre do curso de direito na Faculdade Regional de Alagoinhas/BA – FARAL. E-mail: brunacerqueira1.bc@gmail.com

necessary to investigate the model of activism desired by the constitutional text. Anti-logic activism proves to be the illegitimate form of activism, since it causes blockades to the activity of the other powers. Dialogic activism, on the other hand, legitimizes itself by fomenting the dialogue between the powers and conforms to the Brazilian constitutional system.

**KEYWORDS:** Constitutional dialogues. Dialogic activism. Judicial activism. Pathological activism.

## 1. INTRODUÇÃO

A demanda da sociedade contemporânea frente ao exercício de seus direitos tem estreitado a linha tênue entre justiça e política, abrindo precedentes para a intervenção do Poder Judiciário na esfera que deveria ser atendida pelos Poderes Executivo e Legislativo, que representam a política majoritária.

A atuação ativa do Poder Judiciário, por meio das Cortes Constitucionais e das Supremas Cortes, ganhou repercussão mundial no período pós Segunda Guerra Mundial, em que proliferaram constituições dirigentes ou programáticas. Frente a inércia dos Poderes Legislativo e Executivo no cumprimento deste programa constitucional, o Judiciário fica obrigado a agir de modo a determinar que estes poderes inertes, neste sentido, passem a atuar para mudar a realidade de desrespeito aos direitos fundamentais até então predominante.

Essa atuação ativa do Poder Judiciário é denominada de ativismo judicial, que pode ser melhor definido como sendo uma atitude, uma escolha, ou a adoção de um modo de interpretação constitucional proativo, buscando alargar seu sentido e abrangência. Via de regra, o ativismo judicial encontra lugar em situações em que há uma abstenção de atuação por parte dos demais poderes.

No Brasil o ativismo judicial se fortalece com a edição da Constituição Federal de 1988, que resguarda uma parcela do poder político para ser exercido por agentes públicos que não os eleitos pelo voto direto do povo, e que devem atuar de forma técnica e imparcial. A redemocratização do país, que foi marcada justamente pela promulgação da referida carta magna de 1988, também é um fator de grande influência para a ascensão do ativismo judicial no Brasil.

Sendo o Supremo Tribunal Federal (STF) o representante máximo do poder Judiciário no Brasil, este ganhou o título de Guardiã da Constituição, fazendo as vezes

de poder político com o objetivo de fazer valer as normas constitucionais e as leis, mesmo diante de um confronto com os demais poderes que se eximem de cumpri-las.

Busca-se, com este trabalho, responder aos seguintes questionamentos: primeiro, se o constituinte originário e o reformador da Constituição de 1988 já atribuíram a possibilidade de uma atuação ativa do Poder Judiciário, e, se esta seria uma decorrência natural da Constituição dirigente de 1998.

O segundo questionamento a ser respondido é se o ativismo judicial será aprioristicamente ilegítimo, como é dito sobre o ativismo antidialógico, ou se o ativismo dialógico pode ser considerado legítimo, no contexto pátrio, por parte do STF.

## **2. O EXERCÍCIO DO ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL**

Atualmente, o STF tem desempenhado sua função jurisdicional de uma maneira mais ativa. Ao exercer seu papel de guardião da constituição, tem adentrado na esfera de decisões que antes cabiam exclusivamente aos poderes representantes da política majoritária (Poderes Executivo e Legislativo). Contudo, essa atuação é atípica, pois é esperado que o STF adote uma postura mais comedida, no sentido de apenas suspender ou eliminar uma norma que contrarie o texto constitucional. O papel inicial do STF era apenas de legislador negativo; no contexto ativista é que se percebe a corte na função de construtor de hipóteses normativas (VIEIRA JUNIOR, 2015).

A expansão da autoridade dos Tribunais ao redor do mundo em face da autoridade do Poder Político teve como inspiração as decisões liberais da chamada era *Lochner*<sup>3</sup>, na Suprema Corte dos Estados Unidos. Nesse contexto, e diante das inúmeras afrontas aos direitos fundamentais, que não eram um problema exclusivo dos Estados Unidos, houve o que constitucionalistas como Oscar Vilhena Vieira (2008) e Canotilho (2001) chamaram de hiper-constitucionalização da vida, ou seja, o constituinte originário passa a adotar uma postura desconfiada frente a inércia dos Poderes Executivo e Legislativo diante de situações que pressupõem uma postura mais ativa e responsável, e elaboram uma constituição acreditando que esta tem todas as normas necessárias para o bom funcionamento da sociedade, deixando ao legislador o papel de mero aplicador da norma constitucional.

---

<sup>3</sup> Segundo Oscar Vilhena (2008), a Era *Lochner* foi o período em que a Suprema Corte estadunidense passou a tomar decisões que substituíam a vontade do legislador, por intermédio da doutrina do devido processo legal substantivo. Por essa doutrina, a Corte não apenas se limita a verificar a constitucionalidade formal de um ato normativo, mas também a sua razoabilidade face aos princípios da constituição. No caso *Lochner*, a Corte invalida legislação de cunho social, produzida pelo Estado de Nova York, em face de princípios pretensamente implícitos na Constituição.

Essa postura do constituinte atribui aos tribunais, naturalmente, maiores poderes, já que estes são responsáveis por verificar a compatibilidade da atuação do poder público com a vontade da constituição. Percebe-se, desde então, um avanço da postura das Cortes em face da atuação do legislador, havendo assim, uma expansão da atuação do Judiciário na esfera política.

Trazendo o assunto para a realidade brasileira, o Supremo Tribunal Federal protagoniza o que Oscar Vilhena Vieira (2008, p. 445) chama de Supremocracia<sup>4</sup>:

(...) o termo supremocracia refere-se à expansão da autoridade do Supremo em detrimento dos demais poderes. (...) Foi apenas com a Constituição de 1988 que o Supremo deslocou-se para o centro de nosso arranjo político. Esta posição institucional vem sendo paulatinamente ocupada de forma substantiva, em face a enorme tarefa de guardar tão extensa constituição.

A supremocracia pressupõe uma maior abrangência da incidência da autoridade do STF em face dos demais poderes, integrantes de um governo democrático. Essa atuação mais ativa do Judiciário ao interpretar e aplicar as normas constitucionais é chamada de ativismo judicial, que encontra espaço, em regra, em um ambiente de inércia dos demais poderes frente aos princípios e regras constitucionais, ficando por conta do Supremo o papel de fazer valer os preceitos e fins constitucionais.

Evidentemente que, diante do cenário político e jurídico atual, onde o Poder Legislativo em muito se mantém inerte quanto ao cumprimento de alguns preceitos constitucionais, o STF desempenha o papel de guardião da constituição protegendo-a de possíveis violações, por atos comissivos ou omissivos, como também atua no exercício do poder, de forma a suprir a falta do legislador.

Diante desta situação, inevitavelmente, surgem discussões acirradas entre adeptos da postura ativista, e aqueles que a repudiam. O Ministro Barroso (2008), explana algumas das críticas à postura ativista do STF no Brasil: ausência de legitimidade democrática, politização indevida da justiça e os limites da capacidade institucional do Judiciário.

No que diz respeito aos riscos à legitimidade democrática, os que se opõem ao ativismo judicial no Brasil alegam que a atuação do juiz não tem legitimidade democrática, pois estes não são eleitos pelo voto popular, faltando-lhes responsabilidade diante do eleitorado nacional. Esta acusação se agrava pelo fato de que as decisões proferidas pelo

---

<sup>4</sup> Para os objetivos deste trabalho, será utilizada a segunda acepção dada pelo autor para o termo Supremocracia.

STF que anulam outras anteriormente tomadas pelo Executivo ou pelo Legislativo, inclusive na esfera de assuntos que antes eram considerados causas *interna corporis*<sup>5</sup>, geram grande repercussão entre os opositores que criticam ainda mais essa postura. A associação entre Cortes Constitucionais e democracia enfrenta a denominada “dificuldade contramajoritária”

Em resposta, tem-se dito que a Constituição de 1988 reserva uma parte do poder político para ser exercido pelos agentes públicos que não tenham sido eleitos pelo voto popular. Sendo assim, o STF possui legitimidade normativa para atuar de forma mais ativa no cenário nacional, respeitando os limites da constituição.

Quanto ao risco de politização da justiça, a própria Constituição Federal vigente traz traços históricos e políticos do contexto social no qual foi elaborada, o contribui para a aproximação de direito e política.

Quanto aos limites institucionais da capacidade do Poder Judiciário no Brasil, é preciso ter em atenção que o ativismo judicial por parte do STF, apesar de ser criticado, é uma forma de suprir a ausência do legislador e garantir o cumprimento dos preceitos e regras constitucionais. No entanto, deve-se considerar a base constitucional que a Constituição Federal de 1988 concede ao Tribunal para atuar de forma proativa, adentrando na esfera dos outros Poderes.

## 2.1 FUNDAMENTAÇÃO NORMATIVA

Nos últimos anos, principalmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o ativismo judicial tem ganhado destaque nas discussões envolvendo constitucionalistas, políticos e até mesmo uma parcela considerável da sociedade brasileira.

Inspirada pela Constituição rígida dos Estados Unidos<sup>6</sup>, que traz em seu texto a possibilidade de realização do controle de constitucionalidade, a carta magna brasileira, que também traz essa possibilidade, abre margem para uma atuação mais ampla do Poder Judiciário na tomada de decisões que envolvem questões políticas, econômicas, entre outras, de grande relevância no cenário nacional.

Contudo, a postura do STF nem sempre foi assim, ativista; no fim da década de 80 e início da década de 90, as decisões do Tribunal eram limitadas a avaliar a

---

<sup>5</sup> São causas que dizem respeito a cada Poder, não tendo, o outro, legitimidade para adentrar nessa esfera. Por exemplo: O Poder Judiciário, antes de ter essa postura ativista, não adentrava no julgamento de causas referentes ao regimento interno do Senado, pois esta é uma causa interna corporis do Legislativo.

<sup>6</sup> Constituição dos Estados Unidos da América, de 1787.

constitucionalidade das normas. Nesse período, não havia a postura de legislador positivo, adotada hoje pelo STF; postura essa que consiste em suprir a falta do legislador na esfera de regulamentação essencial indicada pelo texto constitucional, como por exemplo, algumas normas referentes a efetivação dos Direitos Fundamentais<sup>7</sup>:

Influenciada pela doutrina constitucional europeia, mais precisamente a alemã, a Suprema Corte brasileira passou a adotar importantes variações quando da apreciação da constitucionalidade das normas. É de meados da década de 90 o aprofundamento da utilização das técnicas de decisão consistentes na declaração de inconstitucionalidade das normas sem redução de texto, na adoção da declaração de constitucionalidade conforme o texto constitucional, no apelo ao legislador, entre outras (VIEIRA JUNIOR, 2015, p. 6).

O ministro Barroso (2011) destaca que o fenômeno do ativismo pode ter duas nuances, uma positiva e outra negativa. A face negativa do ativismo judicial é a postura do STF em apenas deliberar sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma. Já a postura positiva, consiste no fato de que o STF, além de declarar a inconstitucionalidade da norma, supre a falta desta criando uma nova norma que regule aquela determinada situação.

Seguindo uma tendência mundial de ter como guardião da constituição uma Corte Constitucional, o constituinte originário de 1988 também atribuiu ao STF essa função em seu texto. O primeiro exemplo de base normativa constitucional para que o STF possa adotar uma postura mais ativa está no artigo 102 da Constituição que trata da competência do Supremo, neste caso, o texto constitucional ampliou as competências da Corte:

A Constituição de 1988, mais uma vez preocupada em preservar a sua obra contra os ataques do corpo político, conferiu ao Supremo Tribunal Federal amplos poderes de guardião constitucional. Ao Supremo Tribunal Federal foram atribuídas funções que, na maioria das democracias contemporâneas, estão divididas em pelo menos três tipos de instituições: tribunais constitucionais, foros judiciais especializados (ou simplesmente competências difusas pelo sistema judiciário) e tribunais de recursos de última instância (VIEIRA, 2008, p. 447).

---

<sup>7</sup> Jorge Miranda. Manual de Direito Constitucional. T.IV, p. 07: Entende por Direitos Fundamentais os direitos ou posições jurídicas subjetivas dos seres humanos, individual ou institucionalmente considerados, previstos na Constituição formal. Previstos no artigo 5º, parágrafos 2 e 3 da Constituição Federal, contudo não se esgotando apenas nesse título.

São muitos os meios que a Constituição confere ao STF para que este possa manter sua postura ativista. O controle de constitucionalidade, por exemplo, é um destes meios, que pode ser exercido por meio das ações diretas de inconstitucionalidade (ADI) (art. 102, inciso I, alínea a, c/c art. 103, da CF); da ação de inconstitucionalidade por omissão (ADO) (art. 102, inciso I, alínea a, c/c art. 103, caput e § 2º, da CF); da ação declaratória de constitucionalidade (ADC) (art. 102, inciso I, alínea a, c/c art. 103, da CF); do mandado de injunção (MI) (art. 5º, inciso LXXI, da CF) e da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) (art. 102, § 1º, da CF).

Acrescente-se a esta obra as inovações criadas pela EC 3/93 (efeito vinculante nas ações de controle concentrado), pelas Leis n. 9.868 e 9.882, ambas de 1999, e pela EC 45/2004 (Súmulas Vinculantes e repercussão geral).

Esta atitude ativista deve muito ainda ao princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, pelo qual o judiciário não pode se eximir de julgar demandas que cheguem para sua apreciação.

Após a promulgação da Constituição contemporânea, o STF assumiu a autoridade que dar a última palavra sempre que houver um conflito ou uma inércia dos outros Poderes integrantes do Estado democrático de direito, com relação a matéria que for assunto constitucional, tendo em vista que, a referida Carta constitucional confere ao judiciário essa atribuição. Se, com a Constituição analítica de 1988 tudo passou a ser matéria constitucional, abriu-se mais espaço para a intervenção do STF na vida social brasileira. Sendo assim, percebe-se que o próprio constituinte originário ao elaborar o texto normativo deixa claro a tendência à uma atuação mais ativa do Judiciário.

### **3. ATIVISMO PATOLÓGICO (ATIVISMO *HARD* OU *ANTIDIALÓGICO*)**

Se é legítimo dizer que o ativismo do STF decorre do modelo constitucional adotado em 1988 – e ampliado pelas emendas constitucionais e legislações infraconstitucionais citadas acima –, é imperioso concluir também que a experiência pode revelar modelos distintos de ativismo, dentre os quais aqueles que, nos extremos, são nocivos ou benéficos ao sistema constitucional.

Quando o ativismo se revela na tentativa de fazer prevalecer a vontade do Poder Judiciário, que se vê como intérprete exclusivo do texto constitucional, estamos diante de uma prevalência invariável de um dos poderes, fenômeno que não foi desejado pelo texto originário ou pelas alterações e complementações posteriores.

### 3.1 DEFINIÇÃO

O que aqui procuramos identificar como o ativismo que assume contornos patológicos caracteriza-se pela adoção de um modelo que representa mais malefícios do que benefícios para o sistema constitucional, tendo em vista que paralisa os demais poderes em nome da hipertrofia do Poder Judiciário.

Nesta manifestação do ativismo, o Poder Judiciário – através da Suprema Corte – considera-se o último intérprete do texto constitucional, adotando posições que considera definitiva em relação a temas que provocam intensa discussão social.

A pretensão do Poder Judiciário compreende a ambição de legítimo e último intérprete da constituição e posição de desprestígio à atividade do legislador, muitas das vezes veiculando uma crítica depreciativa ao trabalho do legislativo. Trata-se de uma posição de hegemonia na interpretação do texto constitucional.

Neste modelo de ativismo, o julgador não compreende que a sua decisão, ao inadmitir a reação ou manifestação em contrário pelo Poder Legislativo, representa um bloqueio ilegítimo ao sistema constitucional, ao enfraquecer o sistema de controles recíprocos.

A reação a esta espécie de ativismo se fortaleceu recentemente. Maria Benedita Urbano (2012a) chamou de “ativismo *hard*” duas formas de atuação do Poder Judiciário que importam na criação de normas. Primeiro, situações nas quais os juízes adaptam ou emendam normas existentes ao invés de as declarar inconstitucionais; na tentativa de salvar a norma da declaração de inconstitucionalidade, o Judiciário corrige a atuação do Legislador. Numa segunda hipótese, os juízes criam ou editam normas gerais, em hipóteses de omissões inconstitucionais, utilizando-se, em geral, da fórmula que preconiza que a vontade prevalecente no julgamento não é a do Poder Judiciário, mas o mandamento constitucional, funcionando o STF tão somente como guardião da Constituição. Segundo a caracterização defendida, o Judiciário assume claramente a função de legislador, criando fontes primárias do direito.

Noutro trabalho, Benedita (2012b) chega a citar a proposta de mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, feita no curso do julgamento da Reclamação Constitucional nº 4.335-5/AC, pelo Ministro Gilmar Mendes, como exemplo eloquente do ativismo *hard*, sobretudo pela proposta de supressão de uma competência expressamente atribuída a outro poder<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> O julgamento da Reclamação nº 4.335/AC teve fim na sessão plenária de 20 de março de 2014. Muito embora a tese da mutação tenha colhido a adesão do Min. Eros Grau, não foi prevalecente no julgamento.



Na opinião de Carlos Alexandre Campos (2016), na dimensão antidialógica do ativismo, a Suprema Corte afirma-se não apenas como último intérprete da constituição, mas como único e exclusivo exegeta.

Embora o autor identifique apenas esta forma de ativismo como aprioristicamente ilegítima (CAMPOS, 2016), há de admitir que as dimensões denominadas de estrutural (ou horizontal) e de direitos representam uma deformação do sistema admitido pelo critério do diálogo institucional.

No ativismo estrutural ou horizontal, o Poder Judiciário interfere de forma rígida e incisiva sobre as decisões dos demais poderes e ocupando espaços que tradicionalmente eram desenvolvidos pelos demais atores, negando-lhes deferência institucional.

No ativismo de direitos, a atuação estatal reduz a margem de ação dos demais poderes, interferindo em ações de estado ou na formulação de políticas públicas.

Para os propósitos deste trabalho, de identificar o ativismo patológico, estas duas espécies também revelam a atitude judiciária de interferir na atividade dos demais não para estabelecer um diálogo, ou para retirá-los da inércia institucional, mas sim para fazer prevalecer a interpretação ou a vontade do Poder Judiciário.

Não se nega a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário nas matérias relativas ao cumprimento do texto constitucional e até mesmo um protagonismo numa constituição dirigente que elege o Supremo Tribunal Federal como guardião da constituição (CRFB/1988, art. 102, *caput*).

A patologia encontra-se na autoafirmação como único ou último intérprete que não reconhece deferência aos demais atores, quando, em verdade, o STF é o guardião da constituição, mas não o único incumbido nesta tarefa.

Sérgio Victor (2015) prefere tratar o fenômeno sob a designação de “supremacia judicial”, para destacar, a um só tempo, a prevalência do Poder Judiciário sobre a decisão dos demais poderes e marcar oposição ao Princípio da Soberania do Parlamento.

O autor lembra importante exemplo de supremacia que se verificou na experiência estadunidense<sup>9</sup>, por ocasião do julgamento da legitimidade da restrição do acesso dos filhos de imigrantes ilegais ao ensino público gratuito.

---

<sup>9</sup> Neste caso, a supremacia do Poder Judicial se impõe até mesmo sobre a vontade popular manifestada diretamente.

Em 1982, no caso *Plyler v. Doer*, a Suprema Corte decidiu pela inconstitucionalidade de lei do Estado do Texas que restringia a titularidade desse direito por parte dos filhos dos imigrantes ilegais.

Mais tarde, em 1994, os eleitores da Califórnia aprovaram emenda à constituição estadual instituindo a mesma restrição aos filhos de imigrantes ilegais. Não tardou até que um Tribunal Federal declarasse a inconstitucionalidade da nova disposição da Constituição da Califórnia, com base no precedente da Suprema Corte.

As consequências desse ativismo patológico foram lembradas pelo *Chief Justice* Rehnquist, no caso *Washington v. Glucksber* (1997), julgado pela Suprema Corte americana, ao afirmar que a postura mais comedida da corte tem a vantagem de permitir que a decisão seja tomada por instâncias nas quais a população esteja representada pelo voto (URBANO, 2012a).

Victor (2015) noticia a formação de corrente entre os pesquisadores estadunidenses na identificação de um desprestígio no estudo do Poder Legislativo, o que tem levado naturalmente à compreensão de que a resposta *correta* – e, portanto, a última resposta – em determinadas matérias cabe ao Poder Judiciário.

Constrói-se assim o mito do juiz infalível, capaz de conhecer de todas as questões, ainda que em matérias que podem ser tidas como desacordos morais razoáveis e oferecer uma resposta definitiva e sempre correta. Por esta razão deveria se sobrepor à decisão do legislador.

Esta atitude leva a um quadro de ausência de *modéstia* ou *humildade*<sup>10</sup> do juiz no tratamento, sobretudo, de questões complexas, cuja sociedade não chegou a um consenso ou até mesmo sobre as quais o texto constitucional desejou manter um compromisso entre as diversas correntes existentes numa sociedade democrática e plural.

O ativismo patológico pode ser caracterizado por uma posição de *arrogância* do Estado-juiz, que desconsidera a importância dos demais poderes e ambiciona impor sua posição como a única que atende a interpretação da constituição. Não emite sinais de deferência para com o legislador e não aceita dialogar com o Poder Legislativo, tampouco de rever a sua decisão com base na reação adotada pelo órgão legiferante.

---

<sup>10</sup> As expressões “modéstia” e “humildade”, com referência ao ativismo e à posição do juiz frente aos casos complexos, foram utilizadas por Sérgio Antônio Ferreira Victor (2015) como a atitude a ser adotada pelo juiz diante de casos complexos: “É recomendável, portanto, que os juízes adotem posturas modestas ou humildes diante de casos complexos. Não apenas em razão da insuficiência de informações por eles acessíveis para teorizar sobre o problema, mas também porque, por vezes, o excesso de teorização sobre a aplicação de princípios mais gerais pode contribuir para dividir a sociedade”.

Nesta posição adotada, o Poder Judiciário põe-se como única autoridade<sup>11</sup> capaz de decidir a respeito de questões complexas, seja sobre os chamados desacordos morais razoáveis seja sobre a existência de determinados direitos que não foram previstos expressamente.

Tradicionalmente, tem-se encontrado duas alternativas para a atribuição desta autoridade responsável por definir a solução considerada adequada:

i) A primeira atribui à própria comunidade, cujas relações serão afetadas pela decisão, a tarefa de escolher entre as opções disponíveis, seja através de mecanismos diretos de participação, seja por intermédio de representantes democraticamente eleitos;

ii) A segunda opção consiste em atribuir esta autoridade a um mecanismo jurídico, composto por um grupo de juízes, cuja decisão teria a capacidade de afastar ou superar as decisões dos cidadãos diretamente interessados ou de seus representantes.

No ativismo patológico, a comunidade jurídica ou o próprio Judiciário faz uso da segunda opção, fixando o juiz como a autoridade responsável por definir estas matérias. Este fenômeno tem se desenvolvido inclusive nos exemplos brasileiros citados a seguir.

Contudo, como se verá no tópico 4 deste trabalho, a pergunta fundamental desta pesquisa é se não existe uma terceira alternativa para o estabelecimento da autoridade, isto é, se não é possível estabelecer um método dialógico entre este grupo de juízes e os representantes populares.

### 3.2 EXEMPLOS BRASILEIROS

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é possível encontrar exemplos de ativismo patológico, materialização da afirmação do Min. Marco Aurélio de que “o intérprete último da Constituição é o Supremo”<sup>12</sup>.

Nesta parte do trabalho, cujo objetivo é identificar as características do ativismo patológico, serão adotados como critério de escolha a relevância do caso e seu potencial

---

<sup>11</sup> A ótica da *autoridade* foi descrita por Sérgio Victor em *Diálogo institucional e controle de constitucionalidade*, ob. cit, p. 166 e ss., a partir dos estudos de Jeremy Waldron: “Ao afirmar a persistência do desacordo sobre questões morais e a regra da maioria como a forma procedimental digna para solucioná-los, pelo menos provisoriamente, Waldron coloca no centro do debate a questão da autoridade. Ele o faz do seguinte modo: já que os desacordos são inafastáveis, a quem, e mediante qual procedimento, deve ser atribuído o poder de solucionar essas discordâncias?”

<sup>12</sup> No julgamento, em abril de 2017, do RE 587.970, a pretexto de analisar a titularidade da assistência social pelo estrangeiro residente no Brasil, o ministro, que relatou o julgamento, afirmou que “Mesmo considerada a interpretação feita pelos outros Poderes da República, o intérprete último da Constituição é o Supremo. Cumpre ao Tribunal sopesar, com base nos preceitos do Diploma Maior, as concretizações efetuadas pelo legislador” (disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE587.970votoMMA.pdf>, acessado em 23.04.2017).

didático, no sentido de escolher os julgamentos do STF que melhor descrevem o fenômeno<sup>13</sup>.

O primeiro exemplo significativo que merece destaque neste ponto da pesquisa é a posição adotada pelo STF a respeito do cancelamento da sua Súmula 394, que garantia o foro por prerrogativa de função mesmo após o fim do mandato, desde que os fatos objeto do processo criminal dissessem respeito ao exercício do cargo<sup>14</sup>.

O STF alterou esta antiga posição e cancelou a súmula, em 1999<sup>15</sup>. O Congresso Nacional reagiu e editou a Lei nº 10.628/2002, que voltou a estender o foro aos atos praticados no exercício da função mesmo após o término do mandato, mediante a introdução do parágrafo primeiro do art. 84 do Código de Processo Penal<sup>16</sup>.

Após esta reação do Legislativo, o STF julgou a ADI 2.797, que tinha como objeto a Lei nº 10.628/2002, declarando-a inconstitucional, e fazendo prevalecer sua vontade sobre a decisão do Congresso Nacional.

Na oportunidade, a Corte não só declarou a inconstitucionalidade como censurou a atitude do Congresso, que identificou como uma tentativa de “usurpação pelo legislador de sua missão de intérprete final da Lei Fundamental”<sup>17</sup>.

A supremacia do STF materializada neste julgamento permite perceber que a Corte aceitou a reversão da jurisprudência da Corte pelo próprio Tribunal mas censurou o Congresso quando este tentou reverter a posição do órgão.

---

<sup>13</sup> Destaque-se que a mesma corte que apresenta exemplos de ativismo antidialógico também pode julgar processos em que opte pelo diálogo. Logo, os exemplos citados nesta seção convivem com os casos citados no tópico seguintes.

<sup>14</sup> “Súmula 394 – Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício”.

<sup>15</sup> Ver julgamento do Inquérito nº 687-QO, pelo Tribunal Pleno, em 25.08.1999.

<sup>16</sup> “Art. 84 (...)

§ 1.º A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública”

<sup>17</sup> Pela relevância do julgamento e das conclusões, que se fizeram constar na ementa, convêm reproduzir o trecho seguinte: “1. O novo § 1º do art. 84 CPrPen constitui evidente reação legislativa ao cancelamento da Súmula 394 por decisão tomada pelo Supremo Tribunal no Inq 687-QO, 25.8.97, rel. o em. Ministro Sydney Sanches (RTJ 179/912), cujos fundamentos a lei nova contraria inequivocamente. 2. Tanto a Súmula 394, como a decisão do Supremo Tribunal, que a cancelou, derivaram de interpretação direta e exclusiva da Constituição Federal. 3. Não pode a lei ordinária pretender impor, como seu objeto imediato, uma interpretação da Constituição: a questão é de inconstitucionalidade formal, ínsita a toda norma de gradação inferior que se proponha a ditar interpretação da norma de hierarquia superior. 4. Quando, ao vício de inconstitucionalidade formal, a lei interpretativa da Constituição acresça o de opor-se ao entendimento da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal - guarda da Constituição -, às razões dogmáticas acentuadas se impõem ao Tribunal razões de alta política institucional para repelir a usurpação pelo legislador de sua missão de intérprete final da Lei Fundamental: admitir pudesse a lei ordinária inverter a leitura pelo Supremo Tribunal da Constituição seria dizer que a interpretação constitucional da Corte estaria sujeita ao referendo do legislador, ou seja, que a Constituição - como entendida pelo órgão que ela própria erigiu em guarda da sua supremacia -, só constituiria o correto entendimento da Lei Suprema na medida da inteligência que lhe desse outro órgão constituído, o legislador ordinário, ao contrário, submetido aos seus ditames”.

Noutro exemplo, este mais recente<sup>18</sup>, o Supremo analisou expressamente a teoria dos diálogos constitucionais. Muito embora tenha reconhecido que “o hodierno marco teórico dos diálogos constitucionais repudia a adoção de concepções juriscêntricas no campo da hermenêutica constitucional”<sup>19</sup>, a Corte rejeitou a reação do Congresso em razão de a lei ter reafirmado legislação anterior sem apresentar justificativas nos *considerandos* para a superação da jurisprudência do Tribunal.

Esta fundamentação embute o entendimento de que a posição da Corte, *a priori*, é superior à do Poder Legislativo, exigindo do Legislador a demonstração de alterações nas condições fáticas para que a reação seja admitida.

Tal perspectiva foi percebida pelo Ministro Gilmar Mendes – no que foi seguido pelos Ministros Celso de Mello, Teori Zavascki e Edson Fachin –, ao defender que a declaração de inconstitucionalidade da nova norma exigia o reconhecimento de algum vício ou, do contrário, a única mácula da norma seria a contrariedade com a jurisprudência da Corte.

Mesmo que tenha buscado fugir destas acusações, a Corte, em verdade, manteve para si o monopólio da interpretação da norma constitucional, rejeitando a reação do legislador.

A visão hegemônica que o Poder Judiciário tem de si mesmo fica evidente na criação, neste julgamento, da regra de que a lei que reproduz norma anterior declara

---

<sup>18</sup> ADI 5.105, julgada em 1º.10.2015.

<sup>19</sup> Mais uma vez, vale a transcrição de trecho da ementa, cujos termos e conclusões utilizados caracterizam o fenômeno descrito neste trabalho: “(...) 5. Consectariamente, a reversão legislativa da jurisprudência da Corte se revela legítima em linha de princípio, seja pela atuação do constituinte reformador (i.e., promulgação de emendas constitucionais), seja por inovação do legislador infraconstitucional (i.e., edição de leis ordinárias e complementares), circunstância que demanda providências distintas por parte deste Supremo Tribunal Federal. 5.1. A emenda constitucional corretiva da jurisprudência modifica formalmente o texto magno, bem como o fundamento de validade último da legislação ordinária, razão pela qual a sua invalidação deve ocorrer nas hipóteses de descumprimento do art. 60 da CRFB/88 (i.e., limites formais, circunstanciais, temporais e materiais), encampando, neste particular, exegese estrita das cláusulas superconstitucionais. 5.2. A legislação infraconstitucional que colida frontalmente com a jurisprudência (leis *in your face*) nasce com presunção *iuris tantum* de inconstitucionalidade, de forma que caberá ao legislador ordinário o ônus de demonstrar, argumentativamente, que a correção do precedente faz-se necessária, ou, ainda, comprovar, lançando mão de novos argumentos, que as premissas fáticas e axiológicas sobre as quais se fundou o posicionamento jurisprudencial não mais subsistem, em exemplo acadêmico de mutação constitucional pela via legislativa. Nesse caso, a novel legislação se submete a um escrutínio de constitucionalidade mais rigoroso, nomeadamente quando o precedente superado amparar-se em cláusulas pétreas. 6. O dever de fundamentação das decisões judicial, inserto no art. 93 IX, da Constituição, impõe que o Supremo Tribunal Federal enfrente novamente a questão de fundo anteriormente equacionada sempre que o legislador lançar mão de novos fundamentos. 7. O Congresso Nacional, no caso sub examine, ao editar a Lei nº 12.875/2013, não apresentou, em suas justificações, qualquer argumentação idônea a superar os fundamentos assentados pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento das ADIs nº 4430 e nº 4795, rel. Min. Dias Toffoli, em que restou consignado que o art. 17 da Constituição de 1988 – que consagra o direito político fundamental da liberdade de criação de partidos – tutela, de igual modo, as agremiações que tenham representação no Congresso Nacional, sendo irrelevante perquirir se esta representatividade resulta, ou não, da criação de nova legenda no curso da legislatura”.

inconstitucional no controle de constitucionalidade nasce *presumidamente inconstitucional*. Com isto, cria uma vinculação para o próprio legislador e desequilibra o sistema em favor da autoridade para decidir sobre questões complexas. A Corte inverteu o princípio da presunção de constitucionalidade dos atos legislativos em razão da reação a sua jurisprudência.

#### **4. ATIVISMO DIALÓGICO**

As críticas ao ativismo limitam-se, em geral, à ausência de legitimidade democrática e a falta de capacidade técnica para a atuação do Poder Judiciário (limites institucionais). Há uma terceira falha no ativismo pouco destacada e que nos parece mais significativa: a incapacidade do Judiciário de, isoladamente, promover as alterações pretendidas.

Assim, para além dos questionamentos relacionados ao governo democrático e ao princípio da separação dos poderes, o ativismo judicial do tipo antidialógico revela-se ineficaz no cumprimento do programa constitucional.

O diálogo constitucional tem a importância de evitar a supremacia judicial e de retirar os demais Poderes da inércia total ou parcial no cumprimento da Constituição, de modo que pontos que até então se encontravam ao largo das decisões públicas recebem a atenção dos poderes públicos.

A ausência de modéstia judicial não se manifesta apenas na inexistência de deferência para com o Judiciário, mas também na crença de que a decisão judicial por si só será capaz de efetivar uma constituição dirigente como a brasileira de 1988. A importância do Poder Judiciário para a implementação desta Constituição é reconhecida pelo próprio texto; a distorção está em estabelecer um monopólio na interpretação da Constituição e não uma participação dialógica no sistema dos poderes.

##### **4.1 DEFINIÇÃO**

É neste sentido a compreensão de Carlos Alexandre Campos (2016) a respeito do ativismo dialógico, que o autor reconhece virtuoso na medida em que permite ou catalisa o diálogo entre os poderes e destes com a sociedade.

Para Campos (2016), o ativismo materializado na forma de diálogos institucionais tem como fundamento a ideia da interpretação constitucional como um processo de construção compartilhada entre o Poder Judiciário e os demais poderes.

Neste modelo de ativismo, o Poder Judiciário deve interferir na formulação e implementação de políticas públicas sem excluir a participação e a discricionariedade dos demais atores políticos.

Há modelos constitucionais – poucos, é verdade – que institucionalizaram o diálogo entre a Suprema Corte e o Poder Legislativo. Sergio Victor (2015) dá conta que a Carta de Direitos de 1982, que instituiu o controle judicial de constitucionalidade no Canadá, cuidou de prever o diálogo entre o Poder Judiciário e o Legislativo.

Trata-se da “cláusula não obstante”<sup>20</sup>, responsável por estabelecer a superação da decisão da Suprema Corte do Canadá pelo legislativo e ainda tornar a lei revisora da decisão judicial imune ao controle de constitucionalidade pelo período de 05 (cinco) anos, prazo passível de prorrogação pela legislatura seguinte.

No exemplo canadense, a supremacia judicial cede ao diálogo com o legislativo, que, muito embora goze da faculdade de editar lei reativa imune pelo período de 05 (cinco) anos, terá a necessidade de justificar para a sociedade a reedição da lei, de modo que a vontade do legislador nem sempre prevalecerá.

As vantagens do ativismo dialógico, portanto, podem ser resumidas nas seguintes fórmulas:

- i) Evitar a formação de uma supremacia judicial;
- ii) Estimular e encorajar a participação dos demais Poderes na tarefa de cumprimento da Constituição<sup>21</sup>;

---

<sup>20</sup> A *cláusula não obstante* consta da Seção 33 da Carta de Direitos e Liberdade do Canadá:

*“Exception where express declaration*

33. (1) Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or sections 7 to 15 of this Charter.

*Operation of exception.*

(2) An Act or a provision of an Act in respect of which a declaration made under this section is in effect shall have such operation as it would have but for the provision of this Charter referred to in the declaration.

*Five year limitation*

(3) A declaration made under subsection (1) shall cease to have effect five years after it comes into force or on such earlier date as may be specified in the declaration.

*Re-enactment*

(4) Parliament or the legislature of a province may re-enact a declaration made under subsection (1).

*Five year limitation*

(5) Subsection (3) applies in respect of a re-enactment made under subsection (4)."

<sup>21</sup> Para Azevedo Campos (2016), o ativismo dialógico estimula não apenas os demais poderes como a sociedade a participar do debate: Campos faz uma síntese destas vantagens nos seguintes termos: "(...) a intervenção judicial estrutural pode ter o efeito de incluir novos atores sociais no debate sobre direitos fundamentais, em vez de excluir a participação popular nas decisões fundamentais. Decisões estruturais seguidas de monitoramento, como a *Sentencia T – 025*, de 2004, podem ter efeitos diretos e indiretos de incluir movimentos e associações de defesa de direitos, que não conseguem alcançar a arena legislativa, nas discussões sobre os temas políticos e sociais essenciais e de provocar reações e mobilizações sociais em torno da implementação das medidas adotadas. Podem também mudar a opinião pública sobre a

- iii) Como consequência do ponto anterior, somar competências na efetivação de uma constituição programática;
- iv) Mitigar a ausência de legitimidade democrática da jurisdição constitucional<sup>22</sup>.

## 4.2 MODELO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Ao menos três elementos do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade podem ser indicativos da adoção do tipo dialógico de ativismo.

Primeiro, o constituinte reformador não ambicionou vincular o legislador à declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado, ao contrário do que fez com a administração ou com os demais órgãos do Poder Judiciário.

Depois, a participação do Senado Federal no controle de constitucionalidade difuso, na forma do atual art. 52, X, da Constituição Federal, conforme criação que remonta à Constituição de 1934.

Também milita neste sentido a relativa facilidade na aprovação de emendas constitucionais no Brasil, possibilitando a alteração do parâmetro de controle de constitucionalidade e, assim, o diálogo com a decisão/posição do STF:

## 4.3 EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

Ainda que tenha se desenvolvido sem percepção da metodologia adotada e muitas vezes tenha merecido críticas pela doutrina, o diálogo entre o Poder Judiciário e o Legislativo tem gerado bons exemplos das vantagens apontadas no tópico 4.1.

Novamente, serão adotados, para escolha dos casos, os critérios de relevância do julgamento e capacidade de representar as características do fenômeno.

Neste sentido, inegável o impacto da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em torno da inconstitucionalidade da chamada taxa de iluminação pública, em razão da ausência de serviço público divisível. Em reação, o Congresso Nacional editou a EC 39/2002, permitindo a cobrança do tributo não na forma de taxa mas através de contribuição para o custeio da iluminação pública.

Muito embora tenha editado súmula vinculante (SV 41, aprovada em 11.03.2015) reafirmando a sua jurisprudência, o Tribunal não censurou a nova

---

gravidade ou urgência do problema de violação de direitos, o que pode influenciar o comportamento dos atores políticos em favor dos destinatários dos direitos fundamentais”.

<sup>22</sup> Neste mesmo sentido, Sérgio Victor, ob. cit., p. 194.



modalidade introduzida pelo constituinte reformador e a contribuição de iluminação pública vem sendo utilizada pelos municípios.

Outro exemplo marcante é a discussão em torno da criação dos municípios no constitucionalismo brasileiro. A redação original da Constituição de 1988 exigia, para criação de novos municípios, a aprovação da população diretamente interessada e o atendimento dos requisitos da legislação estadual. Mais tarde, a EC 15/96 dificultou o processo de criação e exigiu, dentre outros, a edição de lei complementar federal como condição para novas criações.

A lei não foi editada e o STF defrontou-se com o pedido de inconstitucionalidade (ADI 2.240<sup>23</sup>) da criação do Município de Luís Eduardo Magalhães, na Bahia, sem o atendimento dos novos requisitos constitucionais. A Corte reconheceu a inconstitucionalidade, modulando seus efeitos com eficácia *pro futuro*, para conceder o prazo de 24 (vinte e quatro) meses para que o Congresso editasse a norma, sob pena de extinção do município.

A reação do legislativo deu-se através da edição da EC 57/2008, que convalidou os municípios cujas leis foram promulgadas até 31 de dezembro de 2006, em contraposição à posição do STF.

O exemplo mais emblemático, contudo, deu-se em relação à súmula 726 do STF. Referida súmula, aprovada em 26.11.2003, estabelece que “para efeito de aposentadoria especial de professores, não se computa o tempo de serviço fora da sala de aula”.

O Congresso, por sua vez, editou a Lei nº 11.301/2006, que considerou o tempo de trabalho na função de assessoramento pedagógico e direção escolar para fins de aposentadoria escolar.

Em outubro de 2008, o STF julgou a ADI 3772, que questionava a constitucionalidade da referida inovação, modificando sua posição anterior e admitindo o diálogo com o Poder Legislativo.

## **5. CONCLUSÃO**

Saber se o ativismo judicial é ou não legítimo, e se este encontra apoio no texto constitucional pode ser uma tarefa árdua. Contudo, ao fim desta pesquisa, e levando em consideração o texto constitucional e a interpretação que dele se faz pela doutrina e pela jurisprudência, pode-se constatar que o constituinte originário, ao elaborar a Constituição

---

<sup>23</sup> Decisão publicada em 03.08.2007.

dirigente contemporânea, o fez deixando espaços para a atuação mais incisiva do STF no que diz respeito a qualquer matéria tratada pela mesma.

Sendo assim, em um primeiro momento o ativismo judicial não seria ilegítimo em sua totalidade, considerando que o STF adotasse uma postura dialógica, ou seja, o Supremo, neste caso, interpreta a constituição com o auxílio dos demais poderes, fomentando um diálogo entre eles. O ativismo dialógico, apesar de ser considerado legítimo, deve ser avaliado quanto a atuação do Supremo ao julgar cada caso individualmente.

Já o ativismo antidialógico, que ocorre quando o Supremo age de modo que se considere o último interprete da constituição, é denominado também de ativismo patológico pois gera inúmeros malefícios para a conjectura democrática atual. Neste modelo, tratando-se do cenário institucional brasileiro, o STF acaba por interferir na esfera de decisões dos demais poderes anulando a atuação destes como Poderes legítimos segundo o sistema democrático, deixando o seu dever de fiscal e guarda da Constituição para atuar de um modo que desrespeita o princípio da separação de poderes e fere a Democracia participativa. Sendo assim, inicialmente, pode-se considerar ilegítimo o ativismo antidialógico.

Deste modo, a postura ativista em que há um diálogo entre os poderes para a efetivação do texto constitucional, encontra respaldo na Constituição Brasileira de 1988.

## 6. REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto de. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática, artigo de 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/luis-roberto-barroso/retrospectiva-2008-judicializacao-ativismoelegitimidade-democratica>>. Acesso em: 14.04.2017.

\_\_\_\_\_. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo; PAULA, Daniel Giotti de (orgs.). As novas faces do ativismo judicial. Bahia: JusPodivm, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\_03/Constituicao/constituicao.htm]. Acesso em: 14.04.2017.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ementas dos acórdãos citados no texto.** Disponíveis em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo, Estado de Coisas Inconstitucional, Salvador: Editora JusPODIVM, 2016.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2003.

URBANO, Maria Benedita. Curso de Justiça Constitucional: evolução histórica e modelos do controle da constitucionalidade. 2ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2012a.

URBANO, Maria Benedita. “CRIAÇÃO JUDICIAL” E “ACTIVISMO JUDICIAL”: AS DUAS FACES DE UMA MESMA FUNÇÃO?, in 35.º Aniversário da Constituição de 1976, Vol. II, Coimbra: Coimbra Editora – grupo Wolters Kluwer, 2012b, p. 7-41.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira, Diálogo institucional e controle de constitucionalidade, São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

VIEIRA JUNIOR, R. J. A. Separação de Poderes, Estado de Coisas Inconstitucional e Compromisso Significativo: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Dezembro/2015 Disponível em: [www.senado.leg.br/estudos](http://www.senado.leg.br/estudos). Acesso em 1º de dezembro de 2015.

VIEIRA, Oscar Vilhena. SUPREMOCRACIA. IN: A Constituição DE 1988. VINTE ANOS DEPOIS: SUPREMA CORTE E ATIVISMO JUDICIAL "À BRASILEIRA". São Paulo, 2008. Voto do ministro Marco Aurélio: disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE587.970votoMMA.pdf>