

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

FERNANDO JORDÃO DE VASCONCELOS FILHO

ATIVISMO JUDICIAL E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE:
uma análise do Recurso Extraordinário nº 511.961 e da Reclamação
Constitucional nº 4.335

Recife
2011

FERNANDO JORDÃO DE VASCONCELOS FILHO

ATIVISMO JUDICIAL E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE:
uma análise do Recurso Extraordinário nº 511.961 e da Reclamação
Constitucional nº 4.335

Monografia apresentada à Faculdade Damas da
Instrução Cristã, como requisito parcial à
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Ciências Jurídicas.

Orientador: Prof. Msc. Glauco Salomão Leite.

Recife
2011

Vasconcelos Filho, Fernando Jordão de.

Ativismo judicial e controle de constitucionalidade: uma análise do Recurso Extraordinário nº 511.961 e da Reclamação Constitucional nº 4.335. / Fernando Jordão de Vasconcelos Filho: O Autor, 2011.

55 folhas.

Orientador(a): Ms. Glauco Salomão Leite.

Monografia (graduação) – Faculdade Damas da Instrução Cristã. Trabalho de conclusão de curso, 2011.

Inclui bibliografia.

1. Direito 2. Ativismo Judicial 3. Controle de Constitucionalidade 4. Separação dos Poderes 5. Legislação Judicial

I. Título.

**340 CDU (2.ed.)
340 CDD (22.ed.)**

**Faculdade Damas
TCC 2011- 082**

Fernando Jordão de Vasconcelos Filho
ATIVISMO JUDICIAL E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE:
uma análise do Recurso Extraordinário nº 511.961 e da Reclamação
Constitucional nº 4.335

DEFESA PÚBLICA em Recife, 16 de dezembro de 2011.

BANCA EXAMINADORA

Presidente: Orientador Prof. Msc. Glauco Salomão Leite.

1º Examinador: Prof. Msc. Leonardo Henrique Gonçalves Siqueira.

Dedico este trabalho

Aos meus pais, Fernando e Mariza, a quem devo o que tenho e o que sou, pelos ensinamentos e pela força sempre que me faltou.

Aos meus irmãos, Ricardo e Guilherme, pela paciência, amizade e incentivo.

À minha namorada, Bruna, companheira de todas as horas e que sempre me faz parecer um pouco melhor do que realmente sou.

RESUMO

O Judiciário tem ganhado espaço na mídia por participar cada vez mais intensamente de decisões que, historicamente, ficavam a cargo dos Poderes Executivo e Legislativo. Na análise desse fenômeno é comum o uso do termo “ativismo judicial”, usado em vários sentidos e, muitas vezes, de forma não clara. Nesse contexto, este trabalho busca conceituar a expressão “ativismo judicial”, relacionando-a com o controle de constitucionalidade de normas. Para tanto, utilizando doutrina nacional e estrangeira, faz um histórico do surgimento do termo, listando os sentidos em que é atualmente aplicado e discutindo os riscos à separação dos Poderes e à democracia. Assim, adota como seu significado a atuação do Poder Judiciário de forma a intervir indevidamente no que a Constituição determina como sendo competência dos outros Poderes, em especial do Legislativo. Lista ainda, tomando esse conceito como gênero, duas espécies de ativismo. A primeira quando há decisão pela inconstitucionalidade de uma norma, ainda quando esta seja defensavelmente constitucional, e a segunda quando ocorre a chamada “legislação judicial”. Com o intuito de facilitar a aplicação do termo, esta monografia se utiliza de casos concretos julgados pelo Poder Judiciário brasileiro como exemplos de ativismo judicial. Em relação à primeira espécie mencionada, analisa o caso em que o Supremo Tribunal Federal decidiu pela inconstitucionalidade do dispositivo do Decreto-lei 972/69 que previa a necessidade do diploma de graduação em jornalismo para o exercício da profissão. O outro caso examinado, posto como exemplo da segunda espécie de ativismo judicial, é o da Reclamação Constitucional nº 4335/AC, na qual se discute acerca da aplicação do art. 52, X da Constituição, que prevê a necessidade de comunicação do Senado Federal para que este decida ou não pela suspensão de norma julgada inconstitucional em controle incidental de constitucionalidade de normas.

Palavras-chave: ativismo judicial; controle de constitucionalidade; separação dos poderes; inconstitucionalidade de norma defensavelmente constitucional; legislação judicial.

ABSTRACT

The judiciary power has been much in evidence for participating more and more in decisions historically taken by the executive and legislative. When analyzing how it occurs, it is common the use of the expression “judicial activism”, which is applied in several ways and, in many of them, not with a clear meaning. In this regard, this work seeks the definition of the expression “judicial activism” in relation to control of constitutionality. In order to do so, using the opinions of Brazilian and foreign scholars, it analyses the creation of the term, lists the possible meanings in which it is currently applied and discusses the risks to the separation of powers – executive, legislative and judiciary – and to democracy. Yet, searching to ease the application of the term, it makes use of cases decided by Brazilian courts as examples of “judicial activism”. Thus, it defines the term as the improper execution, by the judiciary, of functions from other branches of government, especially the legislative. It lists two kinds of judicial activism. First, when there is the decision for the unconstitutionality of a law that is arguably constitutional, and, second, when it occurs the so called “judicial legislation”. Trying to make the application of the term easier, this work makes use of cases judged by the Brazilian Courts as examples of “judicial activism”. Regarding the first kind mentioned, it analyses the case in which the Brazilian Federal Supreme Court decided for the unconstitutionality of the law that used to require a degree in journalism to the actual practice of the profession. The other case - example of “judicial legislation” - is the one in which the Brazilian Supreme Federal Court decides – the judgment has not ended yet – on the use of the clause of the Constitution that demands the communication of Federal Senate so it can decide on the suspension of a law that was incidentally considered unconstitutional by the Supreme Court.

Keywords: judicial activism; control of constitutionality; separation of powers; unconstitutionality of arguably constitutional law; judicial legislation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
CAPÍTULO 1 ATIVISMO JUDICIAL	9
1.1 O surgimento do termo “ativismo judicial”	9
1.2 Significados possíveis do termo “ativismo judicial”	12
1.3 O significado adotado neste trabalho para o termo “ativismo judicial”	14
CAPÍTULO 2 A INVALIDAÇÃO DE ATOS DEFENSAVELMENTE CONSTITUCIONAIS EMANADOS DE OUTROS PODERES COMO FORMA DE ATIVISMO JUDICIAL	20
2.1 O controle de constitucionalidade de normas	20
2.2 Inconstitucionalidade e não recepção	22
2.3 O Recurso Extraordinário nº 511.961 e a decisão pela desnecessidade do diploma de jornalismo para o exercício da profissão	23
2.4 O voto vencido no Recurso Extraordinário nº 511.961 (desnecessidade do diploma de jornalismo para o exercício da profissão)	26
2.5 O ativismo judicial no Recurso Extraordinário nº 511.961 (desnecessidade do diploma de jornalismo para o exercício da profissão)	27
CAPÍTULO 3 A LEGISLAÇÃO JUDICIAL COMO FORMA DE ATIVISMO JUDICIAL	33
3.1 Algumas classificações do controle de constitucionalidade	33
3.2 O controle incidental de constitucionalidade, seus efeitos entre as partes e a comunicação ao Senado Federal	35
3.3 A teoria da abstrativização do controle de constitucionalidade difuso	37
3.4 O contexto da Reclamação Constitucional nº 4.335/AC (art. 52, X da CF/88 como mera comunicação do STF ao Senado)	40
3.5 Os votos proferidos na Reclamação Constitucional nº 4.335/AC (art. 52, X da CF/88 como mera comunicação do STF ao Senado)	42
3.6 O ativismo judicial na Reclamação 4.335/AC (art. 52, X da CF/88 como mera comunicação do STF ao Senado)	44
CONCLUSÃO	50
REFERÊNCIAS	53

INTRODUÇÃO

Basta ler os jornais para perceber que o Poder Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal (STF), vem ganhando destaque no sistema político brasileiro. Esse fenômeno é observado também pelos juristas, seja na academia, seja nos tribunais. Na análise desse fenômeno, destaca-se o emprego freqüente do termo “ativismo judicial”. Ocorre, porém, que, apesar de sua utilização rotineira, a expressão não possui uma definição clara ou unânime, o que prejudica seu uso, sendo esta a razão de ser deste trabalho.

O fato de ser utilizada de maneira recorrente – e isto não é privilégio dos juristas brasileiros -, e muitas vezes de forma confusa e ambígua, inspirou o objeto deste trabalho, que é conceituar o termo “ativismo judicial” por meio de uma abordagem prática, com uso de exemplos ilustrativos.

Dessa forma, no primeiro capítulo far-se-á uma breve excursão às origens da expressão, procurando identificar o contexto de sua criação e os possíveis significados em que é empregada atualmente. A partir daí, o ativismo judicial será conceituado, de forma a tornar possível, neste trabalho, sua utilização clara, em especial, no âmbito do controle de constitucionalidade. Será visto ainda que no que toca o controle de constitucionalidade podem ser identificadas pelo menos duas espécies de ativismo e para cada uma delas será apresentado um caso.

Em seguida, no segundo capítulo, será discutido o primeiro desses casos. Será revista aqui a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário (RE) nº 511.961, que definiu a desnecessidade do diploma de jornalismo para o exercício da profissão. Serão vistas, inicialmente, breves questões teóricas sobre o controle de constitucionalidade e a diferença entre a inconstitucionalidade e a não recepção de uma norma, pontos necessários para o total esclarecimento da questão. Após, partir-se-á para a análise da decisão em si, opondo-a ao voto vencido.

Será explicitada no terceiro e último capítulo, a segunda espécie de ativismo judicial, que também será apresentada sob a forma de um caso concreto. Para tanto, serão abordados, como no capítulo anterior, alguns aspectos teóricos, desta vez sobre a classificação do controle de constitucionalidade de normas jurídicas, com ênfase no controle incidental. Será ainda exposta a teoria que defende a abstrativização do controle difuso. O caso estudado, por sua vez, será o da Reclamação Constitucional nº 4.335/AC, que trata da função do Senado

Federal no controle incidental de constitucionalidade. Apesar de ainda não concluído, o julgamento conta com dois votos relevantes para o objeto desta monografia.

Sendo assim, considerando a relevância cada vez maior da expressão “ativismo judicial” devido à forma com que o Poder Judiciário tem se comportado, no âmbito político nacional, busca-se, nesse trabalho, sua conceituação. Além disso, por se tratar de uma questão prática, palpável, na qual é necessário não apenas definir o termo, mas decidir quando aplicá-lo, utiliza-se no intuito de facilitar seu uso, o auxílio de casos concretos como parâmetro.

CAPÍTULO 1 ATIVISMO JUDICIAL

1.1 O surgimento do termo “ativismo judicial”

Apesar de a idéia e de os debates em torno da “legislação judicial”, ou seja, de juízes criando legislação positiva serem anteriores¹ - chamando-se atenção para a Era Lochner² e para o período em que vigorou o *New Deal*³ -, o termo “ativismo judicial” foi utilizado pela primeira vez, muito provavelmente, em janeiro de 1947, nos Estados Unidos⁴.

Não foi, ao contrário do que se possa imaginar, em um texto acadêmico ou em uma decisão judicial que se empregou o termo pela primeira vez, mas na revista de negócios norte-americana *Fortune Magazine*⁵. O autor do artigo, Arthur Schlesinger Jr.⁶, traçava um perfil dos juízes da Suprema Corte norte-americana, quando dividiu seus nove integrantes em três grupos. O primeiro, formado pelos juízes Black, Douglas, Murphy e Rutledge eram classificados como “ativistas judiciais”, enquanto o segundo grupo, constituído pelos juízes Frankfurter, Jackson e Burton eram classificados como “campeões do autocontrole”. Havia ainda um terceiro grupo intermediário composto pelo juiz Reed e pelo Presidente da Suprema Corte, Juiz Vinson.

¹ KMIEC, Kennan D. The origins and current meanings of “judicial activism”. *In: California Law Review*. vol. 92, 2004, p. 1444.

² Entre 1897 e 1937. Período em que a Suprema Corte norte-americana, usando uma interpretação ampla da Constituição, tendeu a proteger os direitos econômicos liberais em detrimento da regulação trabalhista. O nome advém do caso emblemático *Lochner v. New York*, julgado em 1905, e que invalidou uma lei estadual que limitava a quantidade de horas semanais a serem trabalhadas no setor de panificação. CHOUDRY, Sujit. The lochner era and comparative constitutionalism. **International journal of constitutional law**, vol. 2, n. 1, 2004, p. 4. Disponível em: <http://www.law.utoronto.ca/documents/Choudhry/Lochner_Comparative_Constitutionalism.pdf>. Acesso em: 14 de novembro de 2011.

³ O *New Deal* foi uma série de medidas inteiramente novas, tomadas pelo Presidente Norte-Americano democrata Franklin Delano Roosevelt (1933-1945), eleito após a queda do prestígio do partido republicano causado pela Grande Depressão, e representou o abandono do Liberalismo Econômico. AQUINO, Rubim Santos Leão de *et al. História das sociedades: das sociedades modernas às sociedades atuais*. 26. ed. Rio de Janeiro: Ao Livro Técnico, 1993, p. 322. Nos Estados Unidos da América, com o *New Deal* de Roosevelt, ocorre um apoio maciço a programas de obras públicas, regulamentação do crédito, controle sobre a produção agrícola; regulação das horas de trabalho; salários mínimos; negociação coletiva; sistema abrangente de seguros sociais. STRECK, Lênio Luiz e MORAIS, José Bolzan de. **Ciência política & teoria do estado**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 69.

⁴ KMIEC, Kennan D. *Op. cit.*, p. 1446.

⁵ *Idem, ibidem*, p. 1446.

⁶ Arthur Schlesinger Jr. 1907-2007, Escritor e historiador norte-americano. JACKSON, Harold. Obituary of Arthur M. Schlesinger Jr.. **The Guardian**. 1º mar. 2007. Disponível em: <<http://www.guardian.co.uk/world/2007/mar/01/usa.booksobituaries>>. Acesso em 16 de Junho de 2011.

Na ocasião, a questão era o embate entre os referidos grupos acerca da interpretação das leis e da própria função do Poder Judiciário em uma democracia. Schlesinger opõe o ponto de vista do grupo Black-Douglas, que, segundo ele, via o Poder Judiciário como ferramenta para concretizar sua forma de pensar e o de Frankfurter-Jackson, mais contido e preocupado em preservar o Judiciário da forma que era então. Nas palavras de Schlesinger:

Esse conflito pode ser descrito de várias formas. O grupo Black-Douglas acredita que a Suprema Corte pode ter um papel afirmativo na promoção do bem-estar social; o grupo Frankfurter-Jackson defende a política do autocontrole judicial. Um grupo está mais preocupado com o emprego do poder judicial para atingir seu próprio conceito de bem social; o outro com a expansão dos limites permitidos para os julgamentos, ainda que isso signifique tomar posições que eles, particularmente, condenam. Um grupo vê a Corte como um instrumento para atingir resultados sociais desejáveis; o segundo como um instrumento para permitir que outros ramos do governo atinjam os resultados que o povo deseja, sejam eles bons ou ruins. **Resumindo, o lado Black-Douglas [ativista] parece estar mais preocupado em decidir alguns casos de acordo com suas próprias concepções sociais; o lado Frankfurter-Jackson [autocontrolado], com preservar o Judiciário no seu devido e limitado lugar no sistema americano**⁷. (trad. livre do autor) (grifo do autor)

Schlesinger não definiu o “ativismo judicial” de forma precisa, havendo apenas citado algumas de suas características. Ele se mostra de certa forma a favor do “ativismo judicial”, ao afirmar que sua não utilização corresponde a “se eximir das responsabilidades”. Todavia, pondera que a posição de autocontrole é mais imparcial, eis que caberia ao Legislativo consertar seus próprios erros, pois agindo de outra forma, colocar-se-ia em risco a própria democracia. Dessa maneira, acredita que deveria existir ativismo apenas nos casos extremos, de proteção das liberdades civis, por requererem maiores cuidados⁸.

⁷ No original: “This conflict may be described in several ways. The Black-Douglas group believes that the Supreme Court can play an affirmative role in promoting the social welfare; the Frankfurter-Jackson group advocates a policy of judicial self-restraint. One group is more concerned with the employment of the judicial power for their own conception of judicial power for their own conception of the social good; the other with expanding the range of allowable judgment for legislatures, even if it means upholding conclusions they privately condemn. One group regards the Court as an instrument to achieve desired social results; the second as an instrument to achieve desired social results; the second as an instrument to permit the other branches of government to achieve the results the people want for better or worse. In brief, the Black-Douglas wing appears to be more concerned with settling particular cases in accordance with their own social preconceptions; the Frankfurter-Jackson wing with preserving the judiciary in its established but limited place in the American system.” KMIEC, Kennan D. The origins and current meanings of “judicial activism”. In: **California Law Review**. vol. 92, 2004, p. 1446.

⁸ *Idem, ibidem*, p. 1448/1449.

O primeiro registro do termo “ativismo judicial”, portanto, apesar de não defini-lo de forma clara, caracteriza-o como algo que não é necessariamente nem bom nem ruim, mas que deve ser utilizado com limites.

Durante algum tempo a doutrina norte-americana referiu-se ao termo “ativismo judicial” de maneira às vezes negativa, às vezes positiva, sendo encarada por vezes como defesa dos direitos civis e em outros casos como má utilização da autoridade judicial⁹. A primeira vez, no entanto, em que foi utilizada em uma decisão judicial, foi de forma negativa, pelo Juiz da Suprema Corte Joseph C. Hutcheson, em um voto proferido em 1959, no caso *Theriot v. Mercer*, acerca da anulação de um julgamento efetuado pelo júri. Ao apresentar seu voto, o Juiz Hutcheson referiu-se a um precedente, constante do caso *Galloway v. United States* (1943) e o considerou como ativismo judicial por ter havido uma distensão da Sétima Emenda da Constituição norte-americana¹⁰, eis que teria sido criada para garantir apenas os elementos fundamentais da instituição do tribunal do júri, e não todos os seus procedimentos formais e detalhes. Ele declarou à época:

Pensamos, entretanto, que na controvérsia então lançada e ainda em voga, **posicionamo-nos firmemente contra o ativismo judicial, bem como contra sua luta e os objetivos que ele busca atingir**, e, levando em consideração a forma como vemos as garantias da Sétima Emenda, ou seja, aplicáveis igualmente a autor e réu, não entendemos como protagonistas da mudança podem olhar para a Emenda, como aparentemente olham, como se ela intencionasse o benefício apenas dos autores e, dessa forma, como os que discordaram no Caso Galloway aparentemente fizeram, sustentar sua abolição ou limitação, além do uso estabelecido, do controle e do julgamento de um bem informado e experiente juiz.¹¹ (trad. livre do autor) (grifo do autor)

A estréia, portanto, do termo “ativismo judicial” nos tribunais foi negativa, o que tem, de certa forma, influenciado sua definição desde então.

⁹ KMIEC, Kennan D. The origins and current meanings of “judicial activism”. In: **California Law Review**. vol. 92, 2004, p. 1451.

¹⁰ *Idem, ibidem*, p. 1456/1457.

¹¹ No original: “We think, however, we should say that in the controversy thus launched and still continuing, we stand firm against the judicial activism back of the struggle and the results it seeks to achieve, and, regarding as we do the guaranties of the Seventh Amendment, as applicable to plaintiff and defendant alike, we cannot understand how protagonists for the change can look upon the amendment, as they do, as intended for the benefit of plaintiffs alone and, so regarding it, as the dissenters in the Galloway case apparently did, advocate doing away with or limiting, beyond the ancient use, the control and guidance of the trial by an informed and experienced judge”. HUTCHESON, Joseph C., *apud* KMIEC, Kennan D., *ibidem*, p. 1457.

1.2 Significados possíveis do termo “ativismo judicial”

Desde que foi citado pela primeira vez por Schlesinger em um artigo não jurídico publicado em 1947, o termo “ativismo judicial”, apesar de algumas tentativas, continua, até os dias atuais, sendo um termo equívoco, com mais de um significado possível. Nesse sentido, Keenan D. Kmiec lista cinco possíveis formas de se entender a expressão:

Esta parte identifica cinco significados essenciais para ‘ativismo judicial’: (1) invalidação de ações defensavelmente constitucionais de outros Poderes, (2) falha ao aderir a um precedente, (3) ‘legislação’ judicial, (4) distanciamento da metodologia interpretativa aceita, e (5) julgamento orientado para um resultado.¹² (trad. livre do autor)

O primeiro conceito de “ativismo judicial” envolve diretamente a invalidação de leis, ou seja, o controle de constitucionalidade¹³. Há quem considere que um tribunal é judicialmente ativo apenas analisando a quantidade de leis que ele anulou. No entanto, esse parâmetro não é eficiente, eis que há de se levar em conta também as causas de sua anulação. Se um tribunal anulou muitas leis em certo período, pode ser sinal, por exemplo, de que o Legislativo realmente tenha editado muitas leis inconstitucionais. Mais uma vez, como esclarece Kmiec, “ativismo judicial não pode ser mero sinônimo de exercício da atividade de controle de constitucionalidade”¹⁴.

Entretanto, uma visão mais cuidadosa, dentro da mesma linha de raciocínio, define um tribunal judicialmente ativo como aquele que julga inconstitucionais grande número de leis defensavelmente constitucionais, ou seja, aquelas que se encontram no limiar da constitucionalidade. De acordo com essa visão, se há argumentos razoáveis para ambos os lados, o legislador, representante direto do povo, deve decidir pelo rumo a ser tomado, não devendo o Poder Judiciário imiscuir-se nas decisões políticas acerca de matérias que a Constituição não trata ou trata de forma ambígua.

¹² No original: “This part identifies five core meanings of “judicial activism”: (1) invalidation of the arguably constitutional actions of other branches, (2) failure to adhere to precedent, (3) judicial “legislation”, (4) departures from accepted interpretative methodology, and (5) result-oriented judging”. KmieC, Kennan D. The origins and current meanings of “judicial activism”. In: **California Law Review**. vol. 92, 2004, p. 1444.

¹³ No original: “striking down arguably constitutional actions of other branches”. *Idem, ibidem*, p. 1463.

¹⁴ *Idem, ibidem*, p. 1464.

Essa visão pode ter duas falhas apontadas. Primeiro, a Corte Suprema (no Brasil, o Supremo Tribunal Federal) pode ser acusado de omissão da sua principal função, a interpretação da Constituição¹⁵. Segundo, separação entre controle de constitucionalidade das leis e ativismo judicial depende do entendimento da Constituição que possui o analista da situação em concreto¹⁶.

A segunda forma de encarar o “ativismo judicial”, segundo Kmiec, é ignorar, desconsiderar um precedente¹⁷, tomando uma decisão em sentido contrário e inovador. É claro que esse significado tem maior relevância para o sistema norte-americano que para o brasileiro, eis que o primeiro segue o sistema consuetudinário, da *common law*, no qual a jurisprudência assume papel de maior importância se comparado ao sistema legislado, adotado pelo Brasil por influência romano-germânica. “Ativismo judicial” é, sob esse ponto de vista, decidir de forma contrária à já estabelecida jurisprudência.

Um terceiro caminho para se definir o “ativismo judicial” é encará-lo como “legislação judicial”¹⁸. Os tribunais superiores, seja nos Estados Unidos ou no Brasil, são constantemente acusados de “julgar legislando”, ou seja, de, ao invés de interpretar a lei existente, criar novas leis quando da elaboração de seus acórdãos. Até os próprios juízes acusam-se uns aos outros da prática de ativismo judicial com esse sentido, o que empresta ao termo, sem dúvida, uma conotação negativa.

A quarta forma, por sua vez, de determinar o sentido do termo “ativismo judicial” é defini-lo como um “distanciamento da metodologia interpretativa aceita”¹⁹. O problema quanto a essa definição consiste na existência de diversas ferramentas interpretativas para analisar como uma norma deve ser interpretada, e mais, se ela está de acordo com o sistema jurídico ao qual pertence. São exemplos de métodos interpretativos o literal, o gramatical, o histórico, o lógico, o lógico-sistemático e o sociológico²⁰. Essas ferramentas, por sua vez, são eleitas pelos juízes a depender de sua formação filosófica. Além disso, pode haver também discordância na forma de sua utilização. Assim, não há como conter a indefinição do conceito, eis que cada qual, utilizando-se de um método ou de uma forma de utilizar-se deste método, vislumbrará ativismo judicial nos demais.

¹⁵ No original: “This part identifies five core meanings of “judicial activism”, p. 1465. Kmiec, Kennan D. The origins and current meanings of “judicial activism”. In: **California Law Review**. vol. 92, 2004, p. 1444.

¹⁶ *Idem, ibidem*, p. 1466.

¹⁷ No original: “ignoring precedent”. *Idem, ibidem*, p. 1466.

¹⁸ No original: “judicial legislation”. *Idem, ibidem*, p. 1471.

¹⁹ No original: “departures from accepted interpretative methodology”. *Idem, ibidem*, p. 1473.

²⁰ AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 58/59.

O último ponto de vista enxerga o “ativismo judicial” como “julgamentos orientados para um resultado”²¹. Essa definição difere das anteriores por acrescentar um elemento de consciência, ou seja, de acordo com esse ponto de vista, não ocorre ativismo judicial quando o julgador falha em afastar o viés político de sua decisão, mas quando, deliberadamente, com o intuito de alcançar um resultado específico e oculto, decide se afastando da decisão ideal. Não se trata aqui de um motivo ilegal, apenas de um motivo que, a princípio, não deveria ser o motor da decisão, afastando-o mais ou menos da decisão considerada correta. Se por um lado essa definição insere um elemento para o auxílio da limitação do termo “ativismo judicial” – a vontade oculta e motivadora da decisão -, por outro lado esse elemento é subjetivo e de difícil detecção.

Considerando-se, assim, o histórico e as cinco definições do termo “ativismo judicial”, conclui-se que este pode ser visto de forma negativa ou positiva a depender do ângulo observado. Tanto no Brasil quanto em outros países, como os Estados Unidos, o ativismo pode ser entendido com certo grau de negatividade, chegando seu uso a ser em muitos casos, como se viu, um mero insulto. Por outro lado, há também aqueles que o apontam como ferramenta a ser utilizada na concretização da justiça. Luís Roberto Barroso, por exemplo, apesar de apontar como negativo o fato de o ativismo exibir as dificuldades enfrentadas pelo Poder Legislativo, enfatiza seu aspecto positivo, já que “o Judiciário está atendendo a demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo parlamento (...)”²².

É justamente por possuir tantos sentidos, como acima exposto, que se mostra necessário o esclarecimento de qual deles se está a utilizar, sob pena de se soar impreciso ou, por vezes, vazio.

1.3 O significado adotado neste trabalho para o termo “ativismo judicial”

Diante de todo o exposto, uma coisa resta patente: a dificuldade de se chegar a uma definição consistente do termo “ativismo judicial”, além de sua utilização, por vezes, passional.

²¹ No original: “result-oriented judging”. KMIEC, Kennan D. The origins and current meanings of “judicial activism”. In: **California Law Review**. vol. 92, 2004, p. 1475.

²² BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 338.

Considerando-se que este trabalho analisa o ativismo judicial relacionado ao controle de constitucionalidade, torna-se relevante o cotejo que trazem Dimitri Dimoulis e Soraya Gasparetto Lunardi²³, ao apontarem duas formas de se entender o termo para quem não deseja utilizá-lo de maneira emocional.

A primeira é do ponto de vista quantitativo. Para essa vertente, o ativismo judicial ocorre quando os juízes intervêm demasiadamente nas decisões de outros Poderes. A dificuldade reside em decidir o que é atuar “muito” ou “pouco”, não se sabendo atualmente como criar tais parâmetros. Além disso, o enfoque perde apelo quando se conclui que um grande número de decisões no sentido de declarar leis inconstitucionais em dado período pode significar não que o tribunal imiscuiu-se nos assuntos do Legislativo, mas que este criou muitas leis inconstitucionais.

Uma segunda forma objetiva de ver o ativismo judicial seria qualitativamente. Por esse ângulo, dizem os referidos autores, “não interessa a frequência da intervenção e sim o critério de atuação (ou de não atuação) do juiz”²⁴. Mais uma vez encontram-se dificuldades, eis que são necessários critérios claros (e ainda inexistentes) para diferenciar ativismo de atuação inconstitucional, chegando-se a afirmar que “em tais casos, quem se refere ao ativismo usa um eufemismo para a violação do direito”²⁵.

Dimoulis e Lunardi, dessa forma, concluem:

[...] Torna-se impossível a delimitação conceitual exata do ativismo, pelo menos no campo do controle de constitucionalidade. O critério quantitativo (frequência das declarações de inconstitucionalidade) é insatisfatório e faltam critérios qualitativos para identificar magistrados ou decisões ativistas. Mas apesar dos problemas conceituais, o termo é muito utilizado nos debates sobre a legitimidade da justiça constitucional, ao discutir seus limites.²⁶

Apesar desse pessimismo quanto à possibilidade de conceituar o termo, sua grande utilização, por outro lado, é incontestável. Kmiec aponta que, apenas entre 2000 e 2004, pode-se encontrar o termo em 1.817 artigos nos Estados Unidos, além do uso em outros meios, tais

²³ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade. In: FELLET, André Luiz Fernandez; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 461/462.

²⁴ *Idem, ibidem*, p. 462.

²⁵ *Idem, ibidem*, p. 462.

²⁶ *Idem, ibidem*, p. 470.

quais decisões judiciais, debates públicos, editoriais e blogs de internet²⁷. E é exatamente por essa ampla aplicação, apesar de seu conceito impreciso, que se torna imperativa sua análise, na busca de delimitar a expressão e relacioná-la a questões como o controle de constitucionalidade.

Para tanto, adotar-se-á o termo “ativismo judicial” como sendo **a quebra do princípio da separação dos poderes praticada pelo Judiciário**. Deve-se esclarecer de pronto que não se trata aqui das funções subsidiárias que possui o Poder Judiciário, como, por exemplo, a administrativa de contratar por meio de licitações ou a legislativa de criar seus regimentos internos. Todos os Poderes possuem suas funções precípua e suas funções subsidiárias. Desde que permanecendo nos limites previstos pelo próprio ordenamento, não há que se falar em ativismo judicial.

Essa definição, por vezes, é acusada de vagueza. Disso não se poderia discordar se o debate se encerrasse por aí, e é por essa razão que a questão deve ser desenvolvida. Nesse sentido, Paulo Gustavo Gonet Branco critica a utilização do termo “ativismo judicial” com esse significado quando não é feita uma “exposição clara do parâmetro técnico adotado para estimar quando uma deliberação judicial escapa do seu domínio próprio”, utilizando o princípio da separação dos poderes como uma “frase-curinga” sem muito conteúdo²⁸.

Além disso, alerta que não deve ser analisada se uma decisão possui carga de ativismo apenas pelo fato de haver intromissão de um Poder sobre outro, baseando-se em uma concepção abstrata e teórica da divisão dos poderes, mas “deve estar informado pelo traçado de competências que o povo soberano fixou para cada um desses Poderes na Constituição concreta que editou”. Dessa forma, o que é invasão em algum outro país, pode não ser no Brasil, eis que as Constituições são diferentes, implicando em funções diferentes para cada Poder²⁹.

Complementa, ainda, explicando que em um país cuja Constituição seja sintética haveria ainda mais espaço para dúvidas do que se constituiria ou não em invasão de um Poder sobre o outro. Em uma Constituição analítica, por outro lado, como é o caso da brasileira, por existirem tantos detalhes, tantos direitos garantidos expressamente, tantas matérias que não são tradicionalmente ou materialmente constitucionais, é que o Judiciário teria de agir muitas vezes exercendo funções que naquele outro país de Constituição sintética estaria a cargo do

²⁷ KMIEC, Kennan D. The origins and current meanings of “judicial activism”. In: **California Law Review**. vol. 92, 2004, p. 1442/1443.

²⁸ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial. In: FELLET, André Luiz Fernandez; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 395.

²⁹ *Idem, ibidem*, p. 395.

Legislativo, no intuito de garantir aquilo que a Constituição exige de forma expressa³⁰. O autor coloca, em outras palavras, que algumas matérias intrinsecamente políticas são judicializadas pela própria Constituição Federal de 1988 (CF/88), o que torna dever do Judiciário decidir sobre elas.

A judicialização³¹ de matérias tradicionalmente políticas não pode ser negada na Constituição Federal brasileira de 1988. Isso, no entanto, não é o mesmo que dizer que o Judiciário não possui limites. Visto por outro ângulo, justamente pelo fato de ser a Constituição Federal de 1988 uma Constituição analítica, isso gera em alguns casos um maior detalhamento das competências de determinados Poderes quanto a determinadas matérias, o que facilita a determinação da ocorrência de ativismo judicial. Decorre disso a utilidade dos exemplos utilizados nesta monografia.

Pois bem. Na busca por um mínimo de objetividade, é relevante a menção da doutrina da autocontenção³² ou autolimitação judicial, forte nos Estados Unidos. Em sua versão moderada³³, surge como um meio termo entre uma posição passivista e outra ativista do Poder Judiciário. Segundo essa teoria, a primeira posição ocorreria quando o tribunal competente permanece inerte frente a uma violação clara da Constituição. A segunda, quando intervenha demasiadamente em problemas políticos ou que deveriam ser decididos pelos outros poderes e não pelo Judiciário, passando de guardião da Constituição a árbitro de questões políticas. A autocontenção moderada, portanto, se propõe uma postura intermediária, na qual a Corte não se abstém quando há inconstitucionalidade flagrante, mas também não atua impondo suas posições políticas pessoais nos casos em que há a possibilidade de atuação dos demais Poderes em mais de uma direção. No caso do controle de constitucionalidade, na dúvida, deve prevalecer a opção do legislador³⁴.

³⁰ *Idem, ibidem*, p. 395.

³¹ De acordo com Barroso, “A judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos dos Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo (...)”. Ainda segundo o mesmo autor, é um fenômeno que se constitui em fato, e que “decorre do modelo de Constituição analítica e do sistema de controle de constitucionalidade abrangente adotados no Brasil, que permitem que discussões de largo alcance político e moral sejam trazidas sob a forma de ações judiciais. Vale dizer: a judicialização não decorre da vontade do Judiciário, mas sim do constituinte”. BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 332-344.

³² Segundo Barroso, “O oposto do ativismo é a autocontenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes”. BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 336.

³³ DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade. In: FELLET, André Luiz Fernandez; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 469/470.

³⁴ *Idem, ibidem*, p. 468.

Nesse contexto, é importante salientar ainda que não se adota para esse trabalho o conceito de ativismo judicial a depender do lado que toma o julgador, se supostamente para o bem ou para o mal, se supostamente em favor dos direitos humanos ou contra estes, se em prol da política de direita ou de esquerda, pois, da forma como é utilizado hoje, sem uma definição precisa, tem-se que “além de encontrar opositores e partidários, o ativismo também é capaz de servir aos mais diferentes pontos do mais nuançado calidoscópico político, o que igualmente conspira para as visões desencontradas que atrai”³⁵. Paulo Gonet Branco explica, nesse sentido, como o uso do termo de forma aleatória pode se tornar sinônimo de discordância da decisão atacada:

O ativismo pode ser de esquerda ou de direita, portanto, sendo a crítica que o aborrece não raro proveniente da parte preterida nos interesses. [...] Tudo isso contribui para que uma parte da doutrina norte-americana desdenhe do conceito, tomando-o como ‘pouco mais do que uma maneira abreviada de, com forte carga retórica, o interlocutor se referir a decisões com as quais discorda’, um ‘termo irremissivelmente banal’.³⁶

Adota-se, no intuito de evitar as armadilhas apontadas e na busca de uma medida de objetividade, o conceito de ativismo judicial justamente como sendo a **atuação do Poder Judiciário quando este excede seus limites previstos na Constituição ou em outra legislação**, ou seja, quando usurpa o espaço dos outros Poderes (e em especial o Legislativo), **independentemente do que se obtenha como resultado dessa invasão**. Nesse sentido, Elival da Silva Ramos explica³⁷:

Por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).

Quando analisada subjetivamente a decisão tida como ativista, a depender do ponto de vista daquele que a analisa, pode ser tida como a favor ou contra os interesses de certo grupo

³⁵ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial. In: FELLET, André Luiz Fernandez; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 391.

³⁶ *Idem, ibidem*, p. 392.

³⁷ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 129.

em determinado momento, mas sempre será uma infração dos limites do Poder Judiciário naquele ordenamento jurídico específico.

É verdade ainda que há muito campo para discussão no caso concreto do que aí se encaixaria e é por isso que serão analisadas aqui duas das possíveis definições apresentadas por Kmiec referidas anteriormente e que se encaixam como **espécies** da definição adotada neste trabalho: a do ativismo judicial como a “invalidação de ações defensavelmente constitucionais de outros Poderes” (capítulo 2), e a chamada “legislação judicial” (capítulo 3).

Sendo assim, apesar das diversas críticas que podem ser tecidas a esse ponto de vista, parte-se da concepção de que o “ativismo judicial” é a indevida atuação judicial quando a competência para a atuação caberia, em um cenário ideal, aos outros Poderes, em especial, o Legislativo, podendo ocorrer, principalmente, de duas formas. Primeiro, quando o Poder Judiciário analisa a constitucionalidade de determinada lei desconsiderando a liberdade que o Legislativo possui para legislar naquele caso, impondo assim seu ponto de vista político. Segundo, quando atua reformulando um dispositivo de lei ou a própria Constituição, quando possua texto claro e esteja inserido nos limites da discricionariedade do Legislativo, agindo em lugar do legislador. Tudo isso independentemente do resultado obtido.

Na busca por explicar essas espécies, serão utilizados exemplos reais, baseando-se a discussão em cima de casos concretos a serem utilizados como paradigma.

Como exemplo do primeiro caso, aponta-se no capítulo dois julgamento do Recurso Extraordinário 511.961, no qual o STF decidiu pela não recepção do dispositivo do decreto-lei 972/69 que previa a exigência do diploma de jornalista para o exercício da profissão.

Quanto ao segundo, reporta-se à interpretação/alteração do art. 52, X da CF/88 sobre a necessidade de comunicação pelo STF ao Senado Federal de decisão em controle difuso de constitucionalidade para que aquela Casa Legislativa decida sobre a suspensão da execução do dispositivo julgado inconstitucional.

Ressalte-se, por fim, que não se desconsidera aqui a dificuldade existente, no caso concreto, da aplicação desse conceito, considerando-se de suma importância, em vez disso, a discussão do tema. É com esse intuito que se apresenta os casos a seguir.

CAPÍTULO 2 A INVALIDAÇÃO DE ATOS DEFENSAVELMENTE CONSTITUCIONAIS EMANADOS DE OUTROS PODERES COMO FORMA DE ATIVISMO JUDICIAL

A primeira forma apontada de o Judiciário atuar de forma ativista é julgando inconstitucional um ato defensavelmente constitucional emanado de outro Poder. Chama atenção, no âmbito do controle de constitucionalidade, a frequência com que ocorre a declaração de inconstitucionalidade por parte do Poder Judiciário de dispositivos legais criados pelo Poder Legislativo. Parte-se do pressuposto de que, tratando-se de uma matéria em que a Constituição não deixe clara a sua posição ou se abstenha de decidir qual rumo deve ser tomado, o Poder legitimado para apontar a direção que se deve seguir é, em regra, o Legislativo. Sendo assim, se há discricionariedade do Congresso para legislar sobre determinada matéria, quando o Judiciário torna inválida a lei por entender que aquele não é o melhor caminho a ser tomado, ocorre ativismo judicial.

A seguir, após algumas observações de cunho teórico, será analisado, como exemplo desse caso de ativismo judicial, o caso da decisão do Recurso Extraordinário 511.961³⁸, no qual o STF declarou não recepcionado o dispositivo que exigia o diploma universitário para o exercício da profissão de jornalista.

2.1 O controle de constitucionalidade de normas

De acordo com o clássico conceito Kelseniano³⁹ do escalonamento do ordenamento jurídico, tem-se que é o próprio direito que regula sua criação, eis que uma norma de hierarquia superior é o fundamento de validade daquela de hierarquia inferior. Partindo-se desse conceito, chega-se à conclusão necessária de que, ao fazer uma regressão em direção ao topo da pirâmide, chegar-se-á a uma norma suprema, superior a todas as outras: a Constituição. Sendo assim, a carta constitucional legitima direta ou indiretamente todas as

³⁸ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 511.961. Relator: Min. Gilmar Mendes. Decisão em: 16 de junho de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605643>>. Acesso em 29 out. 2011.

³⁹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito**; tradução de J. Cretella Jr, Agnes Cretella. 3. ed. rev. da tradução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 103.

outras normas do ordenamento, e estas devem se conformar aos termos daquela, concretizando o princípio da supremacia da constituição⁴⁰. Para garantir que isto ocorra é que existe o controle de constitucionalidade.

Para o entendimento do que constitui esse controle, traz-se aqui um caso emblemático. No histórico processo *Marbury v. Madison* foi decidido em 1803, nos Estados Unidos, em um contexto político conturbado, pela inconstitucionalidade da lei que revogou norma anterior de reorganização do Judiciário Federal norte-americano. Tal lei extinguiu cargos criados e destituiu seus ocupantes (juízes federais)⁴¹. John Marshall, então Presidente da Suprema Corte, fundamentou sua decisão de forma pioneira, com base (a) na supremacia da Constituição, eis que “todos aqueles que elaboraram constituições escritas encaram-na como a lei fundamental e suprema da nação”; (b) na nulidade da lei que contrarie a Constituição, já que “um ato do Poder Legislativo contrário à Constituição é nulo”, e (c) em que é o Poder Judiciário o intérprete final da Constituição, eis que “é enfaticamente da competência do Poder Judiciário dizer o Direito, o sentido das leis”. Ainda que haja críticas⁴² à decisão tomada em 1803, a verdade é que aqueles fundamentos utilizados na decisão permanecem até hoje como os fundamentos do controle de constitucionalidade⁴³, ainda que não de forma unânime.

Sendo assim, pode-se dizer que controle de constitucionalidade é um mecanismo de correção, provavelmente o mais importante, destinado a restabelecer a harmonia – ordem e unidade – do sistema denominado ordenamento jurídico. Consiste na verificação da compatibilidade entre uma lei ou qualquer outro ato normativo infraconstitucional e a Constituição. Essa impossibilidade de incompatibilidade baseia-se na supremacia e na rigidez constitucionais. Caso seja verificada a mencionada incompatibilidade, declara-se a inconstitucionalidade do dispositivo infraconstitucional, que resulta em sua invalidade, paralisando sua eficácia. É, portanto, uma das formas de jurisdição constitucional, aplicável quando a Carta Magna disciplina uma matéria de forma indireta, servindo apenas de parâmetro para a validade das normas que a disciplinem diretamente. Confrontando sua

⁴⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30. ed. revista e atualizada até a emenda constitucional nº 56, de 20.12.2007. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 46.

⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 4/5.

⁴² Dentre elas, por exemplo, a de que o Juiz Marshall estaria impedido de atuar no caso por haver participado ativamente dos fatos que deram origem à demanda, já que era Secretário de Estado à época das nomeações dos juízes federais para os cargos futuramente questionados.

⁴³ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 8/9.

prescrição ou se omitindo quanto a esta, ocorrerá inconstitucionalidade, sobre a qual deve ser exercido o seu controle⁴⁴.

2.2 Inconstitucionalidade e não recepção

Inicialmente é importante diferenciar a declaração de inconstitucionalidade da não recepção de um dispositivo normativo.

Como se viu, uma norma é declarada inconstitucional com base na hierarquia existente no ordenamento jurídico, e na supremacia da Constituição. Não sendo a norma compatível com a Lei Maior, declara-se sua inconstitucionalidade. Para tanto, a norma há de ser confrontada com a Constituição vigente à época de sua elaboração. Nesse contexto, uma norma para ser considerada inconstitucional atualmente, no Brasil, deve ter sido criada a partir de 1988, eis que a atual Constituição vige desde então.

Já a não recepção é um fenômeno um pouco diferente. Primeiramente, deve-se levar em conta que quando há a criação de uma nova Constituição, ela, sozinha, não pode formar o novo ordenamento. São necessárias inúmeras normas infraconstitucionais para regular as matérias e direitos trazidos por ela. Caso se entendesse que nenhuma norma criada na vigência da Carta anterior seria válida, existiria um vácuo legislativo enorme, já que é inviável recriar todo o corpo normativo infraconstitucional daquele Estado de uma só vez. Ao invés disso, considera-se que todas “as normas infraconstitucionais que não forem de encontro com os ditames constitucionais serão recepcionadas, aceitas, e, portanto, permanecem vigentes no sistema”⁴⁵. De fato, se sob análise posterior chega-se à conclusão de que a norma vai de encontro à nova Constituição, sendo tecnicamente rigoroso, ela é considerada não recepcionada, e não inconstitucional, eis que elaborada sob a égide de Constituição anterior.

Apesar disso, quanto aos efeitos relevantes para a análise deste capítulo, é indiferente se a norma foi declarada inconstitucional ou não recepcionada. É que, analisando-se o caso de ativismo judicial ocorrendo quando uma decisão é julgada inconstitucional mesmo sendo defensavelmente constitucional, pouco importa se a norma em questão foi elaborada sob a vigência de Constituição atual ou anterior.

⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1/3.

⁴⁵ AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 79.

2.3 O Recurso Extraordinário nº 511.961 e a decisão pela desnecessidade do diploma de jornalismo para o exercício da profissão

Em junho de 2009 o Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 511.961 decidiu pela desnecessidade do diploma universitário para o exercício da profissão de jornalista. O recurso se deu no âmbito de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal que requeria a declaração da não recepção do inciso V, do art. 4º do Decreto-Lei 972/69⁴⁶.

A questão era controversa. O que o comprova é o fato de haver sido julgada improcedente em primeira instância, procedente em segunda, pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, além de novamente procedente no STF, mas por meio de acórdão não unânime, prevalecendo o voto do então Presidente e Relator Gilmar Ferreira Mendes em detrimento da posição do Ministro Marco Aurélio. Também no meio jornalístico a questão não era pacífica. O Sindicato das Empresas de Rádio e Televisão no Estado de São Paulo, por exemplo, foi assistente do Ministério Público (parte autora), enquanto a Federação Nacional dos Jornalistas – FENAJ e o Sindicato dos Jornalistas Profissionais no Estado de São Paulo ingressaram na lide como assistentes da União (parte ré).

A contenda girou em torno da regulação do art. 5º, inciso XIII, que prescreve ser “livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. Dessa forma, em regra, todos podem exercer qualquer profissão, ofício ou trabalho. Excepcionalmente, quando uma lei estabelecer regras específicas, estas devem ser cumpridas, eis que o Poder Legislativo possui competência constitucional para estabelecê-las. Nessa toada, o Decreto-Lei 972/69 estabeleceu que para o exercício de algumas atividades ligadas ao jornalismo seriam necessários o diploma de graduação, além do registro do profissional no órgão competente.

O Ministério Público buscava declarar não recepcionado o dispositivo sob o argumento de que este feria a liberdade de expressão, elencada no rol dos direitos fundamentais, já que impunha restrições à atividade do jornalismo. Segundo o MPF, “o jornalismo constitui uma atividade intelectual, desprovida de especificidade que exija diploma

⁴⁶ Decreto-lei 972/69. Art 4º. O exercício da profissão de jornalista requer prévio registro no órgão regional competente do Ministério do Trabalho e Previdência Social que se fará mediante a apresentação de: (...) V - diploma de curso superior de jornalismo, oficial ou reconhecido registrado no Ministério da Educação e Cultura ou em instituição por êste credenciada, para as funções relacionadas de ‘a’ a ‘g’ no artigo 6º. Brasil. Decreto-lei nº 972 de 17 de outubro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0972.htm>. Acesso em: 15 nov. 2011.

para seu exercício”⁴⁷, portanto qualquer pessoa que se disponha poderia exercê-la. Os eventuais erros cometidos por esses profissionais não estariam ligados ao fato de haverem ou não cursado uma faculdade, eis que “bom caráter, ética e o conhecimento sobre o assunto abordado, não são matérias a serem aprendidas na faculdade, mas no cotidiano de cada indivíduo, nas suas relações intersubjetivas”⁴⁸. Dessa forma, se o risco para a sociedade seria o mesmo, haja o profissional cursado ou não a faculdade, não seria justa a exigência do diploma, pois o que se conseguiria, em verdade, seria restringir a liberdade de expressão.

Em sentido contrário, a União alegava que haveria sim a necessidade de conhecimentos técnicos para o exercício do jornalismo, já que:

[...] para ser jornalista é necessário mais do que o ‘hábito da leitura’ ou o exercício da atividade profissional, conforme alegado, o que é comprovado pelo número enorme de matérias específicas estudadas nas Faculdades de Jornalismo, entre elas, a Redação e Edição Jornalística, Pesquisa e Teoria da Comunicação, Ética e Legislação de Comunicação, Relações Públicas e sociologia, dentre muitas outras, todas elas essenciais ao bom exercício da profissão de jornalista.⁴⁹

Além disso, quanto à alegação de que não mereceria a profissão de jornalismo ser regulada, argumenta que:

[...] por ser o jornalismo profissão umbilicalmente ligada à informação e à expressão de idéias, não se sustenta também a idéia de que seu exercício por pessoa inepta não prejudicaria terceiros, vez que o conteúdo de informações incorretas ou inverídicas poderia causar lesões à ordem pública, como já comprovaram inúmeros casos notórios.⁵⁰

Por fim, se mostra relevante ainda o argumento de que não são de todos os envolvidos no jornalismo que se exige o diploma. Este é necessário para atividades como as de repórter ou de revisor⁵¹, mas o art. 5º do Decreto 83.284/79, que regula o Decreto-Lei 972/69,

⁴⁷ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 511.961. Relator: Min. Gilmar Mendes. Decisão em: 16 de junho de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605643>>. Acesso em 29 out. 2011.

⁴⁸ *Idem, ibidem.*

⁴⁹ *Idem, ibidem.*

⁵⁰ *Idem, ibidem.*

⁵¹ Decreto-lei 972/69. Art 6º. As funções desempenhadas pelos jornalistas profissionais, como empregados, serão assim classificadas: a) Redator: aquele que além das incumbências de redação comum, tem o encargo de redigir editoriais, crônicas ou comentários; b) Noticiarista: aquele que tem o encargo de redigir matéria de

excepciona os casos do colaborador e do provisionado⁵². O colaborador é aquele que, “mediante remuneração e sem relação de emprego, produz trabalho de natureza técnica, científica ou cultural, relacionado com a sua especialização, para ser divulgado com o nome e qualificação do autor”. É o caso, por exemplo, de um grande conhecedor de política ou economia, que escreve regularmente para um jornal, ainda que sem possuir o diploma de jornalista. Já o provisionado é aquele não formado em jornalismo que pode exercer a profissão onde não houver profissionais suficientes. Dessa forma, a União asseverou que:

[...] não estão excluídos dos meios de comunicação outras pessoas que não tenham o diploma de jornalismo, tais como cientistas, intelectuais, outros profissionais e cidadãos, na figura de colaboradores que podem colaborar com artigos, ensaios e críticas, manifestando livremente suas opiniões. Também não descuidou a lei das localidades nas quais não existem faculdades de jornalismo reconhecidas, prevendo nesses casos a figura dos provisionados. Ao abrir essas exceções, a lei, a um só tempo, resguardou a necessidade de requisitos técnicos para o exercício profissional, compatibilizando-o com os princípios constitucionais da livre manifestação de pensamento e de informação.⁵³

Em seu voto, que, como já se disse, prevaleceu, o Relator argumentou que “o jornalismo e a liberdade de expressão são atividades que estão imbricadas por sua própria

caráter informativo, desprovida de apreciação ou comentários; c) Repórter: aquele que cumpre a determinação de colher notícias ou informações, preparando-a para divulgação; d) Repórter de Setor: aquele que tem o encargo de colher notícias ou informações sobre assuntos pré-determinados, preparando-as para divulgação; e) Rádio-Repórter: aquele a quem cabe a difusão oral de acontecimento ou entrevista pelo rádio ou pela televisão, no instante ou no local em que ocorram, assim como o comentário ou crônica, pelos mesmos veículos; f) Arquivista-Pesquisador: aquele que tem a incumbência de organizar e conservar cultural e tecnicamente, o arquivo redatorial, procedendo à pesquisa dos respectivos dados para a elaboração de notícias; g) Revisor: aquele que tem o encargo de rever as provas tipográficas de matéria jornalística; h) Ilustrador: aquele que tem a seu cargo criar ou executar desenhos artísticos ou técnicos de caráter jornalístico; i) Repórter-Fotográfico: aquele a quem cabe registrar, fotograficamente, quaisquer fatos ou assuntos de interesse jornalístico; j) Repórter-Cinematográfico: aquele a quem cabe registrar cinematograficamente, quaisquer fatos ou assuntos de interesse jornalístico; l) Diagramador: aquele a quem compete planejar e executar a distribuição gráfica de matérias, fotografias ou ilustrações de caráter jornalístico, para fins de publicação. Art 4º O exercício da profissão de jornalista requer prévio registro no órgão regional competente do Ministério do Trabalho e Previdência Social que se fará mediante a apresentação de: (...) V - diploma de curso superior de jornalismo, oficial ou reconhecido registrado no Ministério da Educação e Cultura ou em instituição por este credenciada, para as funções relacionadas de "a" a "g" no artigo 6º. Brasil. Decreto-lei nº 972 de 17 de outubro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0972.htm>. Acesso em: 15 nov. 2011.

⁵² Decreto nº 83.284/79. Art 5º O Ministério do Trabalho concederá, desde que satisfeitas as exigências constantes deste decreto, registro especial ao: I - colaborador, assim entendido aquele que, mediante remuneração e sem relação de emprego, produz trabalho de natureza técnica, científica ou cultural, relacionado com a sua especialização, para ser divulgado com o nome e qualificação do autor; (...); III - provisionado. Brasil. Decreto nº 83.284 de 13 de março de 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D83284.htm>. Acesso em: 15 nov. 2011.

⁵³ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 511.961. Relator: Min. Gilmar Mendes. Decisão em: 16 de junho de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605643>>. Acesso em 29 out. 2011.

natureza e não podem ser pensados e tratados de forma separada”⁵⁴. Ainda em seu voto o Relator funde os conceitos de liberdade de expressão e de exercício da profissão de jornalismo ao afirmar que “o jornalismo é a própria manifestação e difusão do pensamento e da informação de forma contínua, profissional e remunerada”⁵⁵.

Dessa forma, o voto vencedor acatou os argumentos do Ministério Público Federal e, sob a alegação de que o Decreto-Lei 972/69 foi elaborado sob o regime militar, pondera que a exigência de diploma para o exercício de jornalismo, além de não evitar possíveis prejuízos causados pelos profissionais, vai de encontro à liberdade de expressão imposta pela CF/88 em seu art. 5º, incisos IV⁵⁶, IX⁵⁷, XIV⁵⁸, e art. 220⁵⁹.

2.4 O voto vencido no Recurso Extraordinário nº 511.961 (desnecessidade do diploma de jornalismo para o exercício da profissão)

Apesar de seguido por quase todos os ministros – o acórdão se deu por maioria de sete contra um – o Ministro Marco Aurélio proferiu voto bastante bem fundamentado⁶⁰ contrário ao do Relator.

Dentre seus fundamentos, defendeu primeiro uma questão de ordem prática. Considerando que o Decreto-Lei 972/69 estava então em vigor há mais de quarenta anos, dentre os quais vinte sob a Constituição de 1988 (o voto foi proferido em 2009), ressaltou que a população, no esforço de cumprir o dispositivo normativo vinha criando e cursando faculdades específicas de jornalismo, o que não podia ser desprezado. A decisão contrária à

⁵⁴ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 511.961. Relator: Min. Gilmar Mendes. Decisão em: 16 de junho de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605643>>. Acesso em 29 out. 2011.

⁵⁵ *Idem, ibidem.*

⁵⁶ Constituição Federal de 1988. Art. 5º. [...] IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato. Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 15 nov. 2011.

⁵⁷ Constituição Federal de 1988. Art. 5º. [...] IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença. *Idem, ibidem.*

⁵⁸ Constituição Federal de 1988. Art. 5º. [...] XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional. *Idem, ibidem.*

⁵⁹ Constituição Federal de 1988. Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. *Idem, ibidem.*

⁶⁰ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 511.961. Relator: Min. Gilmar Mendes. Decisão em: 16 de junho de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605643>>. Acesso em 29 out. 2011.

recepção do inciso V do art. 4º do Decreto-Lei 972/69 criaria ainda a situação de permitir o exercício da atividade jornalística, em regra, por profissionais formados apenas no nível médio ou até fundamental, o que, segundo o Ministro, não parece positivo.

Chama também atenção para que, na época do voto, com o Decreto-Lei em plena vigência, vivia-se (como ainda se vive) uma democracia onde não existe, de fato, cerceio à liberdade de informar a população.

Defende que o jornalista deve possuir uma formação básica, visando à “prestação de serviço de maior valor”. Para tanto, é necessário um curso, no qual se aprenda a “técnica para entrevistar, para se reportar, para editar, para pesquisar o que deva publicar no veículo de comunicação, alfim, para prestar serviço no campo da inteligência”.

No que toca aos erros passíveis de serem cometidos por um jornalista, concorda que um curso superior na área não impede totalmente seu cometimento, mas implica em “uma segurança jurídica maior quanto ao que é versado com repercussão ímpar”, ou seja, posiciona-se pela existência de interesse público na atuação dos jornalistas e pela idéia de que, passando por uma formação específica, esses riscos diminuem. Dessa forma, não bastaria o conhecimento específico sobre o assunto acerca do qual se redige ou noticia. É necessário, segundo o Ministro Marco Aurélio, mais que apenas a formação prática, é necessário “o direcionamento do ensino a um domínio básico, que será aprimorado posteriormente”.

Sendo assim, por não ver “conflito a ponto de declarar-se inconstitucional o § 5º do artigo 4º do Decreto-Lei nº 972”, posicionou-se o Ministro Marco Aurélio pela recepção do dispositivo pela CF/88, contrariamente ao Relator e aos outros seis ministros que na oportunidade apresentaram seus votos.

2.5 O ativismo judicial no Recurso Extraordinário nº 511.961 (desnecessidade do diploma de jornalismo para o exercício da profissão)

Como se viu no primeiro capítulo desta monografia, toma-se por ativismo judicial a indevida invasão pelo Judiciário de atividades de competência de outros Poderes, com ênfase para o Legislativo. A primeira espécie relevante, no âmbito do controle de constitucionalidade, em que isso se concretiza é quando se decide por inconstitucional um dispositivo criado pelo Legislativo, ainda que seja defensavelmente constitucional. Sendo assim, por não haver uma certeza quanto à inconstitucionalidade daquele dispositivo, deve-se,

em tese, optar pela constitucionalidade da norma. Dessa forma, havendo um leque de opções constitucionais à disposição, permite-se que o Legislativo decida que caminho tomar, em vez de substituir-se àquele Poder, o que se constituiria em ativismo judicial.

Como se pode ver, no exemplo trazido neste capítulo, há argumentos razoáveis em defesa tanto da constitucionalidade quanto da inconstitucionalidade do dispositivo que exige a graduação no curso de jornalismo para o exercício da profissão.

Chama-se atenção para um argumento em especial, posto pelo Relator. Analisando-se seu voto, transparece a idéia de que do simples fato de o Decreto-Lei haver sido editado sob um regime ditatorial, presumir-se-ia contrário à atual Constituição. Mas dessa forma não pode ser. Primeiro, porque existem diversos outros diplomas que foram elaborados sob o regime militar e que foram, sem restrição alguma, recepcionados pela CF/88. Segundo, o próprio voto do Relator utiliza como referência um precedente exarado sob a égide do regime militar. Ao defender que a regulação prevista e permitida pela Constituição possui limites, menciona (e colaciona) um precedente do STF, de 1977, no qual se decide pelo descabimento de certas exigências para o exercício da profissão de corretor de imóveis. É o que se pode ver do seguinte trecho:

Sobre o tema [restrição de atividade profissional], o Supremo Tribunal Federal possui jurisprudência. Ainda sob o império da Constituição de 1967/69, o Tribunal resolveu interessante caso a respeito da profissão de corretor de imóveis. No RE nº 70.563/SP, o Relator, Ministro Thompson Flores teceu considerações dignas de nota [...] ⁶¹

Conclui-se que não se pode utilizar como argumento válido para a não recepção de um dispositivo, o simples fato de haver sido elaborado em concomitância com um regime militar. Ainda que, supostamente, quando o diploma tenha sido criado, houvesse o intuito velado de cercear a liberdade de expressão, não se pode, vinte anos após a queda daquele regime, analisar uma Lei com base nessas supostas intenções. Deve-se, ao contrário, verificá-la de forma objetiva, ou seja, se o texto suprime liberdades de forma desproporcional, ou se busca a segurança e a excelência técnica para o exercício daquela atividade. O argumento é na verdade totalmente inaplicável.

⁶¹ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 511.961. Relator: Min. Gilmar Mendes. Decisão em: 16 de junho de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605643>>. Acesso em 29 out. 2011.

Nos votos, outros argumentos desprovidos de respaldo também foram lançados. É o caso, por exemplo, do voto do Ministro Cezar Peluso, que alegou que “há séculos, o jornalismo sempre pôde ser bem exercido, independentemente de diploma”. Este é um argumento equivocados, eis que até 1947⁶², nem sequer existiam faculdades de jornalismo no Brasil. Apenas a partir do momento em que passaram a existir é que se pode discutir sobre o acerto de sua exigência ou não. Em outras palavras, não se pode considerar que era desnecessária a exigência da graduação para o exercício do jornalismo, mas impossível, eis que inexistentes as faculdades. Ademais, também outras profissões foram exercidas por muito tempo antes de serem criados cursos regulares ou serem estes exigidos por lei.

Acrescente-se que em outras profissões com riscos supostamente menores para a sociedade no exercício de suas atividades, como é o caso dos bibliotecários⁶³, também se exige no Brasil diploma específico.

O caso da advocacia é marcante. No Recurso Extraordinário 603.583, relatado pelo Ministro Marco Aurélio⁶⁴, o mesmo que foi o único a discordar da decisão pela inconstitucionalidade da exigência do diploma de jornalismo, o STF decidiu por unanimidade pela constitucionalidade da exigência da aprovação em exame da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB (art. 8º, IV e § 1º, e art. 44, II, da Lei 8.906/94⁶⁵) para o exercício da advocacia. Dessa forma, para exercer a profissão de advogado é necessário hoje não apenas a graduação

⁶² HIME, Gisely Valentim Vaz Coelho. Na Fundação da Primeira Escola de Jornalismo do Brasil, Cásper Líbero Gera o Conceito de Jornalismo Moderno. **Revista Pj:Br – Jornalismo Brasileiro**, n. 3, primeiro semestre 2004. “Em 1943, por meio do testamento do jornalista paulistano Cásper Líbero, então diretor-proprietário de um dos mais modernos jornais da América Latina, A Gazeta, nascia a primeira faculdade de Jornalismo do Brasil. Devido a entraves legislativos, o curso só entraria em funcionamento quatro anos depois”. Disponível em: <http://www.eca.usp.br/pjbr/arquivos/artigos3_b.htm>. Acesso em: 15/11/2011.

⁶³ Lei 4.084/62. Art. 1º. A designação profissional de Bibliotecário, a que se refere o quadro das profissões liberais, grupo 19, anexo ao Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 (Consolidação das Leis do Trabalho), é privativa dos bacharéis em Biblioteconomia, de conformidade com as leis em vigor. Art. 2º. O exercício da profissão de Bibliotecário, em qualquer de seus ramos, só será permitido: a) aos Bacharéis em Biblioteconomia, portadores de diplomas expedidos por Escolas de Biblioteconomia de nível superior, oficiais, equiparadas, ou oficialmente reconhecidas; b) aos Bibliotecários portadores de diplomas de instituições estrangeiras que apresentem os seus diplomas revalidados no Brasil, de acordo com a legislação vigente. Parágrafo único. Não será permitido o exercício da profissão aos diplomados por escolas ou cursos cujos estudos hajam sido feitos através de correspondência, cursos intensivos, cursos de férias etc. Brasil. Lei nº 4.084 de 30 de junho de 1962. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1950-1969/L4084.htm>. Acesso em: 15 nov. 2011.

⁶⁴ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 603.583. Relator Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3773044>>. Acesso em: 15 nov. 2011. Íntegra do voto vencedor disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/voto-marco-aurelio-exame-ordem.pdf>>. Acesso em: 1º nov. 2011.

⁶⁵ Lei 8.906/94. Art. 8º Para inscrição como advogado é necessário: (...) IV - aprovação em Exame de Ordem; § 1º O Exame da Ordem é regulamentado em provimento do Conselho Federal da OAB. Art. 44. A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma federativa, tem por finalidade: (...)II - promover, com exclusividade, a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados em toda a República Federativa do Brasil. Brasil. Lei nº 8.906 de 4 de julho de 1994. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/L8906.htm>. Acesso em: 15 nov. 2011.

em Direito, mas a submissão e aprovação em exame elaborado e corrigido pela OAB, autarquia que cuida dos interesses e fiscaliza os advogados no Brasil. Saliente-se que não se defende aqui a inconstitucionalidade do referido exame. Chama-se apenas atenção para a utilização de parâmetros diferentes para o julgamento de casos bastante semelhantes.

No caso do jornalismo, havia uma lei que regulava a profissão e exigia a graduação no curso superior específico. Já para o exercício da advocacia há uma lei que exige não apenas diploma do curso de Direito, mas aprovação em exame aplicado pela Entidade de Classe respectiva. No primeiro caso, que possui exigências mais rigorosas, concluiu-se por sua inconstitucionalidade e no segundo, por unanimidade, pela constitucionalidade da regulação.

Se, inicialmente, na época do Império e no início da República, era desnecessário até o curso superior de Direito⁶⁶, evoluiu-se nas exigências para o exercício da advocacia, até que, a partir de 1996⁶⁷, a graduação, além da admissão na prova da Ordem, tornou-se a única forma de exercer aquela profissão. Ponderando-se questões de ordem prática, como a proliferação de cursos de Direito de baixa qualidade, além de questões de ordem jurídica, como a legalidade de uma Entidade de Classe aplicar e corrigir os exames, concluiu-se pela sua constitucionalidade, saliente-se, de forma unânime. Pesou, para tanto, a discricionariedade que possuía o Legislador para regular as profissões que entendesse necessárias.

O que chama atenção é justamente a decisão de casos tão semelhantes em sentidos diversos. Voltando à questão do jornalismo, o Ministro Marco Aurélio, em voto vencido, resumiu muito claramente o raciocínio que aplicou ao caso quando se perguntou:

Tem-se uma cláusula que pode ser rotulada como **desproporcional, a ponto de ser declarada incompatível** com o artigo 220, § 1º, e, mais especificamente, com o inciso XIII do artigo 5º da Constituição Federal? A resposta, para mim, é negativa.⁶⁸
(grifo do autor)

⁶⁶ A advocacia podia ser exercida pelos rúbulas e pelos provisionados, nomeados pelos Tribunais, posteriormente pelo Instituto dos Advogados do Brasil, e, por fim, pela Ordem, até ser extinta a idéia do credenciamento. Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 603.583. Relator Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3773044>>. Acesso em: 15 nov. 2011. Íntegra do voto vencedor disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/voto-marco-aurelio-exame-ordem.pdf>>. Acesso em: 1º nov. 2011.

⁶⁷ O art. 84 do Estatuto da Ordem (Lei 8.906/94) estabelece que “o estagiário, inscrito no respectivo quadro, fica dispensado do Exame de Ordem, desde que comprove, em até dois anos da promulgação desta lei, o exercício e resultado do estágio profissional ou a conclusão, com aproveitamento, do estágio de Prática Forense e Organização Judiciária, realizado junto à respectiva faculdade, na forma da legislação em vigor”. Brasil. Lei nº 8.906 de 4 de julho de 1994. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/L8906.htm>. Acesso em: 15 nov. 2011.

⁶⁸ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 511.961. Relator: Min. Gilmar Mendes. Decisão em: 16 de junho de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605643>>. Acesso em 29 out. 2011.

Como bem colocou o Ministro, é muito difícil defender a desproporcionalidade absoluta da exigência de diploma de nível superior para exercício da profissão de jornalista, seja no plano prático, já que vem ocorrendo há décadas, sem que haja cerceamento da liberdade de expressão, seja no plano jurídico, eis que a própria Constituição dá a prerrogativa ao Legislativo para impor as condições para o exercício de qualquer profissão.

De todo o exposto, o que se tem nesse caso é o Poder Judiciário julgando inconstitucional um dispositivo legal quando é, em verdade, defensavelmente constitucional. Sendo assim, conclui-se que não permitir que o Legislativo determine quais são as profissões a serem reguladas, e quais as exigências para tanto necessárias, é um caso de ativismo judicial, eis que, em última análise, o que existe é o Judiciário intervindo indevidamente na competência do Legislativo.

Não se pretende aqui uma regressão à eterna discussão sobre qual Poder deve ter a função de controlar a constitucionalidade das leis – o Legislativo ou o Judiciário⁶⁹. Independentemente da antiga discussão sobre a legitimidade de um corpo de juízes não eleito pelo povo para a função de controlar em última instância se uma lei é ou não compatível com determinado ordenamento, concentra-se neste trabalho sobre o modo que esse corpo de juízes deve fazer essa análise.

O Judiciário não deve, sob o argumento genérico de defesa de direitos fundamentais ou princípios constitucionais, tolher o poder de legislar que compete constitucionalmente ao Legislativo. Considerando-se que praticamente tudo no ordenamento pode, em última instância, ser relacionado a um direito fundamental, atuando em demasia corre-se o risco de o julgador, acreditando possuir um conhecimento superior, incorrer em verdadeira “teologia constitucional”⁷⁰. Ao contrário, deve procurar agir, quando provocado, apenas se indiscutível

⁶⁹ De acordo com André Rufino do Vale, “A discussão doutrinária não é nova, possuindo antecedentes remotos no célebre debate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt, sobre quem deveria ser o ‘guardião’ ou o ‘defensor’ da Constituição, na década de 1920, sob o manto das Constituições de Weimar e da Áustria. Nesse contexto, Schmitt, em afirmações dignas de nota, enfatizava que a instituição de um Tribunal Constitucional, no modelo kelseniano, como protetor da Constituição, seria diametralmente oposta ao princípio democrático justamente por permitir a transposição das funções políticas do legislador a um corpo de juízes, que comporiam, assim, em sua categórica designação, a ‘aristocracia da toga’. Hans Kelsen, por seu turno, alegava um princípio básico: o de que ‘ninguém pode ser juiz em causa própria’; e, com isso, desqualificava as tentativas, por parte dos doutrinadores da época, de atribuir tais tarefas ao próprio Parlamento ou ao Chefe do Poder Executivo, defendendo a instituição de um Tribunal com competências de controle da constitucionalidade dos atos dos demais poderes. VALE, André Rufino do. Reis-juízes ou reis-legisladores? O dilema platônico e o problema da legitimação democrática da Jurisdição Constitucional. In: **Caderno virtual do instituto brasiliense de direito público**, n. 9 - julho/setembro, 2004, p. 1/2. Disponível em: <<http://www.idp.org.br/>>. Acesso em: 12 nov.

⁷⁰ De acordo com a Professora Ingeborg Maus, a “teologia constitucional” se dá quando os juízes, tomando para si o papel de sábios, deduzem diretamente da Constituição suas prescrições, assim como o fazem os pregadores com a Bíblia ou o Corão. Em seus termos, “[...] a Constituição passa a não ser mais compreendida [...] como documento da institucionalização de processos e de garantias fundamentais das esferas de liberdades capazes

a inconstitucionalidade da norma alegadamente violadora da Carta Máxima. Uma coisa é uma violação direta e clara de um direito fundamental, como, por exemplo, uma lei que permita dar tratamento desigual a depender de ser a pessoa branca ou negra. Outra coisa diferente é inferir violações, quando na verdade o que há é a discordância, por parte do julgador, de determinada lei.

Sendo assim, o Judiciário deve, na dúvida⁷¹, ou seja, diante de uma norma defensavelmente constitucional⁷², permitir que o Legislativo opte por que caminho seguir e não invalidar a norma, amputando parte do direito que lhe foi constitucionalmente entregue. Retoma-se aqui, portanto, a idéia de auto-contenção trazida no primeiro capítulo. Não se pode esquecer que o Poder Legislativo possui uma representação direta do povo daquele Estado⁷³ (se um Estado democrático, como o Brasil). O Judiciário possui, por sua vez, o papel de controle quando o legislador passa do limite. Não se pode, enfim, na dúvida, presumir por essa extrapolação, esquecendo-se que também é interesse do Legislativo, pelo menos em tese, criar normas constitucionais. É para isso que existe, por exemplo, a Comissão de Constituição e Justiça. Se, no caso concreto, assim não o for, o problema ultrapassa a questão jurídica, de ordenamento sistêmico, passando à esfera da Ciência Política, que buscará entender e dar soluções ao eventual mau funcionamento do Poder Legislativo. Quando o Judiciário busca suprir essas deficiências, termina por agir de forma ativista.

de garantir todos esses processos políticos e sociais, mas como um texto fundamental do qual, a exemplo da Bíblia e do Corão, os sábios deduziriam diretamente todos os valores e comportamentos corretos”. MAUS, Ingeborg. O judiciário como superego da sociedade – sobre o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. In **Anuário dos cursos de pós-graduação em direito**, n. 11. Recife: Universitária – UFPE, 2000, p. 139.

⁷¹ “*In dubio pro legislatore*”. DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade. In: FELLETT, André Luiz Fernandez; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 468.

⁷² Como já visto, essa é uma das formas de ativismo judicial apresentadas por Kmiec. Remete-se o leitor ao item 1.2 deste trabalho. Veja-se também KMIEC, Kennan D. The origins and current meanings of “judicial activism”. In: **California Law Review**. vol. 92, 2004, p. 1463.

⁷³ De acordo com Barroso, “Os riscos para a legitimidade democrática, em razão de os membros do Poder Judiciário não serem eleitos, se atenuam na medida em que juízes e tribunais atenuam-se à aplicação da Constituição e das leis. Não atuam eles por vontade política própria, mas como representantes indiretos da vontade popular. (...) Ou seja: entre diferentes possibilidades razoáveis de interpretar a Constituição, as escolhas do legislador devem prevalecer, por ser ele quem detém o batismo do voto popular. BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 345.

CAPÍTULO 3 A LEGISLAÇÃO JUDICIAL COMO FORMA DE ATIVISMO JUDICIAL

A outra forma indicada de ocorrência de ativismo judicial é a “legislação judicial”. Sendo ativismo judicial a atuação indevida do Judiciário substituindo outro Poder, em especial o Legislativo, uma das espécies desse fenômeno se concretizar é por meio de legislar em lugar dos legisladores naturalmente aptos para tal. Com o intuito de apresentar um exemplo onde isso de fato ocorreu, será apresentada a seguir a interpretação dada pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal Gilmar Ferreira Mendes e Eros Roberto Grau ao art. 52, X da Constituição Federal. Para tanto, precederão a questão breves aspectos teóricos relevantes. Saliente-se que os votos apresentados não representam necessariamente a posição do STF, eis que o julgamento ainda não se concluiu, havendo sido proferidos votos em ambos os sentidos.

3.1 Algumas classificações do controle de constitucionalidade

São úteis, para o entendimento deste capítulo, as classificações do controle de constitucionalidade em político ou jurídico; difuso ou concentrado; pela via incidental ou principal; e, por fim, em abstrato ou concreto.

A primeira classificação trata da natureza do órgão que executa o controle, se **político**, de influência francesa, ou **jurídico** (também dito judicial), reinante no modelo norte-americano⁷⁴. O controle político, também chamado não-judicial é exercido por órgãos compostos por entes não pertencentes ao Poder Judiciário⁷⁵. No Brasil existem resquícios do controle político, como é o caso do veto presidencial com fundamento na inconstitucionalidade de um projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional, ou ainda quando a Comissão de Constituição e Justiça (CCJ), órgão do Poder Legislativo, considera inconstitucional um projeto de lei. Apesar disso, o controle no Brasil é eminentemente

⁷⁴ AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 536.

⁷⁵ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 42/43.

efetuado por órgãos do Poder Judiciário, podendo-se, dessa forma, classificá-lo como Controle Jurídico⁷⁶.

Por sua vez, do ponto de vista subjetivo, ou seja, quanto ao órgão judicial que exerce o controle, o **difuso** é aquele no qual “se reconhece o seu exercício a todos os componentes do Poder Judiciário”⁷⁷. No Brasil, onde desde a primeira Constituição republicana (1891) se utiliza este tipo de controle, todos têm a obrigação de não aplicar uma lei considerada inconstitucional, desde qualquer juiz recém ingressado no Poder Judiciário até o Supremo Tribunal Federal⁷⁸. O seu contraponto, o controle **concentrado**, ocorre quando “deferido ao tribunal de cúpula do Poder Judiciário ou a uma corte especial”⁷⁹. Também conhecido como sistema austríaco - pois concebido naquele país por Hans Kelsen na década de 1920 - também é utilizado no Brasil desde 1965 (EC nº16 à Constituição de 1946⁸⁰), sendo exercido pelo Supremo Tribunal Federal.

Quanto ao critério formal, há o controle por via incidental e por via principal (ou ação direta). O controle por **via incidental**, com tradição norte-americana, é aquele por meio do qual o Poder Judiciário aprecia casos concretos submetidos a sua jurisdição, analisando a constitucionalidade de um dispositivo como uma prejudicial do caso em análise e não como a questão principal. Apesar de não ser sinônimo de controle difuso, no Brasil, em regra ocorrem concomitantemente. Já o controle por **via principal** ou direta ocorre quando se trata de uma ação que tem como objetivo principal a constitucionalidade da lei em si, não havendo lide ou partes, no seu sentido técnico.

Por fim, quanto à sua concretude, o controle pode ser abstrato ou concreto. Chama-se **concreto**, pois controla parte da análise de um caso específico, concreto, já que “somente pode ser suscitado por aqueles cidadãos atingidos diretamente pela norma inconstitucional”⁸¹, ou seja, são julgados casos concretos em que a norma inconstitucional atinge alguém. O controle **abstrato**, por sua vez, ocorre “em razão de a sua arguição se realizar

⁷⁶ AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 537.

⁷⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30. ed., revista e atualizada até a emenda constitucional nº 56, de 20.12.2007. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 49.

⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 47.

⁷⁹ SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, p. 49.

⁸⁰ “A Emenda nº 16, de 26-11-1965, instituiu, ao lado da representação interventiva, e nos mesmos moldes, o controle abstrato de normas estaduais e federais”. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1.092/1.093.

⁸¹ AGRA, Walber de Moura. *Op. cit.*, p. 573.

independentemente de qualquer litígio concreto”⁸², a eventual inconstitucionalidade da lei é analisada em tese, sem a necessidade de ter havido efetivamente prejuízo algum.

No Brasil, portanto, pode-se dizer que há um controle de constitucionalidade eminentemente judicial. Além disso, tem-se que existe um sistema formado por dois tipos de controles. Inicialmente (desde 1891), adotou-se o difuso, por via incidental e concreto, com efeitos apenas entre as partes, de acordo com a tradição norte-americana. Já por influência européia, acolheu-se mais tarde o controle concentrado (desde 1965), por via principal e abstrato, exercido pelo Supremo Tribunal Federal. Apesar de o sistema brasileiro continuar sendo misto, verifica-se que o controle concentrado, por via principal, vem ganhando cada vez mais importância em relação ao difuso, por via incidental.

3.2 O controle incidental de constitucionalidade, seus efeitos entre as partes e a comunicação ao Senado Federal

Interessa particularmente neste trabalho a análise do controle incidental de constitucionalidade, que se dá no caso concreto. Ao contrário do controle direto de constitucionalidade, que possui legitimados específicos para seu ajuizamento, a inconstitucionalidade incidental pode ser alegada por qualquer um, autor ou réu (ou até mesmo de ofício), em qualquer juízo (inclusive no primeiro grau⁸³) ou tribunal, constituindo-se, por isso, em controle difuso de constitucionalidade. Some-se a isso a possibilidade de ser efetuado em processos de qualquer natureza⁸⁴. No controle incidental é possível, inclusive, que um órgão da justiça estadual declare a inconstitucionalidade de uma norma federal ou que o STF declare a de uma norma municipal⁸⁵, o que corrobora a abrangência dessa ferramenta jurídica.

Não se busca com esse instituto a declaração de inconstitucionalidade de uma lei em tese, mas aplicada ao caso concreto, razão pela qual a inconstitucionalidade não é o objeto da demanda, mas questão prejudicial, a ser decidida previamente, para que só então se proceda à análise do pedido principal, do mérito em si. É esclarecedor o exemplo trazido por Luís

⁸² AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 547.

⁸³ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 94.

⁸⁴ *Idem*, *ibidem*, p. 90/91.

⁸⁵ *Idem*, *ibidem*, p. 92.

Roberto Barroso⁸⁶ do caso em que um contribuinte se nega a pagar um tributo municipal por entender que a lei que o criou não observou o princípio da legalidade. Quando o Poder Público, por sua vez, vai à Justiça exigir o pagamento, o contribuinte, em sua defesa, alega que não deve o tributo, com fundamento na inconstitucionalidade da lei que o instituiu. O julgador, para decidir sobre o pedido, ou seja, se o tributo é ou não devido, precisa analisar antes (de forma incidental) a constitucionalidade da cobrança.

Relevante ainda o fato de que quando a análise da constitucionalidade for posta para um tribunal, incluindo-se aí o STF, antes de seu órgão interno (turma, câmara etc.) decidir a demanda, deve ser levantada questão de ordem a fim de que o pleno ou órgão especial do referido tribunal decida sobre a suposta inconstitucionalidade.

Esse mecanismo, previsto no art. 97⁸⁷ da Constituição Federal e ratificado pela Súmula Vinculante nº 10⁸⁸ do Supremo Tribunal Federal, é chamado de “cláusula da reserva de plenário” e busca garantir a legitimidade da decisão e maior segurança jurídica, evitando que a posição do tribunal mude constantemente, em função de alterações em sua composição ou a depender do órgão fracionário para o qual a ação seja distribuída. Ressalte-se ainda que a jurisprudência do STF é no sentido da possibilidade de declaração de inconstitucionalidade incidental por órgão fracionário caso aquele tribunal (pleno ou órgão especial) ou o STF já tenha decidido pela inconstitucionalidade do dispositivo, de forma incidental ou direta.

No caso de ser o STF o tribunal competente para a questão, também se aplica a cláusula de reserva de plenário, devendo ser seguido o procedimento previsto no Regimento Interno da Corte Suprema (artigos 176 a 178). De acordo com o Regimento, caso alguma das duas Turmas receba um questionamento quanto à constitucionalidade de determinado dispositivo, deve encaminhá-lo ao Pleno que, após decidir sobre aquela prejudicial, julgará diretamente a questão principal, sem necessidade de devolvê-la à Turma de origem.

Essa decisão possui, em regra, efeitos apenas entre as partes (*inter partes*) e retroativos (*ex tunc*).

⁸⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 93-94.

⁸⁷ Constituição Federal de 1988. Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público. Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 15 nov. 2011.

⁸⁸ Súmula vinculante nº 10. Supremo Tribunal Federal. Viola a cláusula de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=10.NUME.E.S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em: 15 nov. 2011.

Já que as decisões valem apenas para as partes litigantes, ocorre de, em alguns casos, ações semelhantes se multiplicarem, como é comum em questões tributárias, por exemplo. No intuito de evitar que o Supremo tenha de julgar diversos casos idênticos, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 52, X⁸⁹ dispõe que compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução da norma julgada inconstitucional pelo STF. Esse dispositivo, presente nas Constituições brasileiras desde 1934⁹⁰, com o intuito de tornar mais eficiente o controle difuso, prevê que o STF comunique ao Senado sobre sua decisão, que então deverá decidir pela suspensão ou não do dispositivo julgado inconstitucional.

Sendo o Poder Legislativo o titular legítimo do poder de legislar, nada mais coerente que o STF encaminhe a decisão que tomou naquele caso concreto para que o Senado Federal a analise e, se assim entender, suspenda seus efeitos, por meio de resolução. Nesse caso, a suspensão teria efeitos oponíveis a todos (*erga omnes*). Saliente-se ainda que a lei que terá seus efeitos suspensos pode ser de qualquer esfera⁹¹: federal, estadual, distrital ou municipal, eis que a CF/88 não faz nenhuma ressalva.

Sendo assim, julgando inconstitucional uma lei em controle incidental de constitucionalidade, o STF deverá comunicar ao Senado, que decide por suspender ou não sua aplicação. Esse é o procedimento previsto na Constituição.

Há, no entanto, uma teoria que busca dar um sentido diferente ao dispositivo. É o que se verá a seguir.

3.3 A teoria da abstrativização do controle de constitucionalidade difuso

Como se viu, para que uma decisão de inconstitucionalidade via controle difuso tenha sua validade generalizada, é necessário que o STF comunique sua decisão ao Senado Federal e que esta Casa, por meio de resolução, suspenda seus efeitos. José Afonso da Silva, ao descrever os efeitos desse tipo de decisão, explica:

⁸⁹ Constituição Federal de 1988. Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: (...) X – suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 15 nov. 2011.

⁹⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 128.

⁹¹ *Idem, ibidem*, p. 130.

A declaração de inconstitucionalidade, na via indireta, não anula a lei nem a revoga; teoricamente, a lei continua em vigor, eficaz e aplicável, até que o Senado Federal suspenda sua executoriedade nos termos do art. 52, X; [...] ⁹²

Apesar disso, existe uma corrente que prega a desnecessidade da referida comunicação, podendo então o próprio STF declarar a inconstitucionalidade incidental da lei de forma a valer para todos. É a chamada teoria da “abstrativização do controle difuso”.

A doutrina de Gilmar Ferreira Mendes, por exemplo (e este constitui modelo significativo, eis que também exerce a função de Ministro do STF), é no sentido da desnecessidade da análise pelo Senado da decisão em controle difuso tomada pelo STF. O Senado seria apenas comunicado da referida decisão. A Corte Suprema teria por si o poder de torná-la oponível a todos, cabendo inclusive reclamação constitucional de eventual decisão em sentido contrário. Alega para tanto que o art. 52, X da CF/88 existe apenas por razões históricas e que, devido ao desenvolvimento das teorias de controle de constitucionalidade, o mencionado artigo teria perdido sua função. Devido à “ampla legitimação, presteza e celeridade”⁹³ do controle abstrato, este seria melhor e mais eficiente que o incidental (concreto), o que constituiriam razões suficientes para que se estendessem os efeitos daquele a este.

Para reforçar seu ponto de vista, argumenta que o próprio legislador ordinário considera legítima em alguns casos a atribuição de efeitos ampliados a uma decisão proferida pelo STF em controle difuso. Nesse sentido, enumera, dentre outros, o caso das decisões de controle de constitucionalidade em ações coletivas⁹⁴, pois, segundo o autor, nesse contexto “somente por força de uma compreensão ampliada ou do uso de uma figura de linguagem, pode-se falar em decisão com eficácia *inter partes*”. Apresenta ainda o argumento da adoção da súmula vinculante pelo constituinte, por meio da qual “se afirma que determinada conduta, dada prática ou uma interpretação é inconstitucional”⁹⁵, sendo uma forma prevista constitucionalmente de o Poder Judiciário dar efeitos *erga omnes* e vinculantes às decisões em controle de constitucionalidade incidental.

⁹² SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30. ed., revista e atualizada até a emenda constitucional nº 56, de 20.12.2007. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 53.

⁹³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1133/1134.

⁹⁴ *Idem, ibidem*, p. 1136.

⁹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1138.

Tudo isso, segundo o autor, comprovaria a desnecessidade de aplicação atual do inciso X do art. 52 da CF/88 tal qual redigido, ou seja, que o Senado é quem decide pela suspensão do dispositivo julgado inconstitucional em controle incidental. Deve-se, ao contrário, adotar a interpretação de que a decisão do STF já suspenderia o dispositivo, bastando a comunicação da Corte ao Senado para que este publique a decisão, tornando o processo mais eficiente. Esse entendimento, essa tendência seria, como se viu, indiretamente esposado pelo próprio Legislativo.

Dessa forma, então, por entender enfraquecido o art. 52, X da CF/88, Gilmar Mendes conclui:

Proferi voto reafirmando minha posição no sentido de que a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado há de ter **simples efeito de publicidade**, ou seja, se o Supremo, em sede de controle incidental, declarar, definitivamente, que a lei é inconstitucional, essa decisão terá **efeitos gerais**, fazendo-se a comunicação àquela Casa legislativa para que **publique a decisão** no *Diário do Congresso*. Dessa forma, julguei procedente a Reclamação por entender desrespeitada a eficácia *erga omnes* da decisão proferida no HC 82.959, no que fui acompanhado por Eros Grau. Divergiram dessa posição os Ministros Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa.⁹⁶ (grifo do autor)

A teoria da abstrativização do controle de constitucionalidade difuso foi aplicada nos votos proferidos pelos Ministros Gilmar Ferreira Mendes e Eros Roberto Grau no julgamento da Reclamação Constitucional nº 4.335/AC⁹⁷, mencionada no excerto acima transcrito. Nessa Reclamação alegava-se que uma decisão, apesar de tomada em controle de constitucionalidade incidental (HC 82.959), possuía efeitos vinculantes oponíveis a todos.

A seguir, uma breve explanação do contexto em que ocorreu a Reclamação em questão.

⁹⁶ *Idem, ibidem*, p.1140.

⁹⁷ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Reclamação Constitucional nº 4.335. Relator: Min. Gilmar Mendes. Processo ainda em andamento. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2381551>>. Acesso em: 15 nov. 2011.

3.4 O contexto da Reclamação Constitucional nº 4.335/AC (art. 52, X da CF/88 como mera comunicação do STF ao Senado)

O julgamento a que se refere Gilmar Ferreira Mendes, na qual teria votado pela aplicação de efeitos *erga omnes* à decisão proferida em controle incidental foi emitida na Reclamação 4.335/AC⁹⁸, da qual, como Ministro do Supremo Tribunal Federal, foi seu relator. A referida Reclamação foi apresentada pela Defensoria Pública do Estado do Acre em face do Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco/AC, e em favor de dez condenados que cumpriam pena em regime fechado pelo cometimento de crimes hediondos.

O Reclamante alegava o suposto descumprimento da decisão exarada nos autos de outra ação, o Habeas Corpus 82.959, e que, por se tratar de uma decisão supostamente vinculante, caberia reclamação para o STF. Na decisão do referido Habeas Corpus, em controle de constitucionalidade incidental, o STF julgou inconstitucional o §1º do art. 2º⁹⁹ da Lei 8.078/90, que vedava a progressão de regime dos condenados por crimes hediondos, sob os seguintes argumentos:

PENA. REGIME DE CUMPRIMENTO. PROGRESSÃO. RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social.

PENA. CRIMES HEDIONDOS. REGIME DE CUMPRIMENTO. PROGRESSÃO. ÓBICE. ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90. INCONSTITUCIONALIDADE. EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. **Conflita com a garantia da individualização da pena – artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal – a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado.** Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.¹⁰⁰ (grifo do autor)

⁹⁸ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Reclamação Constitucional nº 4.335. Relator: Min. Gilmar Mendes. Processo ainda em andamento. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2381551>>. Acesso em: 15 nov. 2011.

⁹⁹ Lei 8.072/90. Art. 2º. Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: I - anistia, graça e indulto; II - fiança e liberdade provisória. § 1º. A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado. Brasil. Lei 8.072 de 25 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm>. Acesso em: 15 nov. 2011.

¹⁰⁰ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82.959. Relator: Min. Marco Aurélio. Data da decisão: 23 de fevereiro de 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>>. Acesso em 15 nov. 2011.

O juiz de execução, por sua vez, prestando informações ao Relator da Reclamação, defendeu sua posição reiterando o que é de conhecimento geral, ou seja, explicando que a decisão tomada pelo STF no HC 82.959 possuía apenas efeitos entre as partes:

Quanto à decisão do STF de declarar inconstitucional o artigo da Lei 8.072/90 que veda a progressão de regime de cumprimento de pena para condenados por crimes hediondos e equiparados, é pacífico que, tratando-se de controle difuso de constitucionalidade, somente tem efeitos entre as partes.

Para que venha a ter eficácia para todos é necessária a comunicação da Corte Suprema ao Senado Federal, que, a seu critério, pode suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal (art. 52, X, da CF/88).

Sobre o tema, verifica-se do Regimento Interno do STF:

‘Art. 178. Declarada, incidentalmente, a inconstitucionalidade, na forma prevista nos artigos 176 e 177, far-se-á a comunicação, logo após a decisão, à autoridade ou órgão interessado, bem como, depois do trânsito em julgado, ao Senado Federal, para os efeitos do art. 42, VII, da Constituição.’

Assim, não havendo qualquer notícia de que o Senado Federal tenha sido comunicado e que tenha suspenso a eficácia do artigo declarado *incidenter tantum* inconstitucional, o que se tem até a presente data é que ainda está em vigor o art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90, que veda a progressão de regime.

Se a decisão do Supremo Tribunal Federal tivesse sido tomada em sede de ação direta de inconstitucionalidade (controle concentrado), produziria eficácia contra todos e efeito vinculante, relativa aos demais órgãos do Judiciário e até à Administração Pública direta e indireta, nos exatos termos do art. 102, § 2º, da Constituição Federal. Todavia, como dito, não foi o que se verificou - a decisão se deu no controle difuso.

A remansosa e respeitada doutrina nacional tem pacificado esse entendimento sobre as formas de controle de constitucionalidade.

De outro lado, este Juízo não tem competência para modificar o título executivo judicial com base em decisão judicial, mesmo que seja do Supremo Tribunal Federal.

A lei confere este poder ao Juiz da Vara de Execuções Penais somente no caso de lei posterior que de qualquer modo favorecer o condenado (art. 66, I, da Lei de Execução Penal), e este não é o caso.¹⁰¹ (grifo do autor)

Saliente-se ainda que o próprio Ministério Público Federal, na função de fiscal da lei, também se manifestou pelo indeferimento da Reclamação “em virtude de inexistir decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal cuja autoridade deva ser preservada, e, portanto, ser manifestamente descabida a presente reclamação”¹⁰².

Apesar de todos os argumentos em sentido contrário apresentados, o Relator concluiu que o juiz de execução reclamado desrespeitou a eficácia *erga omnes* que possuía a decisão, devendo a inconstitucionalidade decidida no HC 82.959 ser aplicada a todos os casos, e,

¹⁰¹ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82.959. Relator: Min. Marco Aurélio. Data da decisão: 23 de fevereiro de 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>>. Acesso em 15 nov. 2011..

¹⁰² *Idem, ibidem.*

possuindo os outros requisitos para a concessão da progressão do regime, esta deveria ser concedida. Para tanto, fundamentou o voto na desnecessidade da suspensão pelo Senado Federal do dispositivo julgado inconstitucional pelo STF (art. 52, X, da CF/88).

Ainda que o julgamento da Reclamação nº 4.335/AC não se tenha ainda concluído, interessam-nos aqui os votos proferidos a favor do recebimento da reclamação e de sua procedência.

3.5 Os votos proferidos na Reclamação Constitucional nº 4.335/AC (art. 52, X da CF/88 como mera comunicação do STF ao Senado)

Os votos proferidos na Reclamação 4.335/AC fundamentaram-se basicamente na evolução histórica do controle de constitucionalidade no Brasil e na economia processual. Daí, surgiria a necessidade da natural mutação constitucional do dispositivo.

Quanto à **evolução do sistema de controle de constitucionalidade** no Brasil, apesar de já rapidamente traçado acima, são cabíveis mais algumas palavras. Ele se inicia no Brasil¹⁰³ na Constituição Federal de 1891, por meio do controle difuso e por influência da *judicial review* norte-americana. No entanto, ao contrário do sistema norte-americano, que adotou o mecanismo da *stare decisis*, por meio da qual uma decisão tomada pela Suprema Corte, ainda que em controle incidental, adquire efeitos vinculantes oponíveis contra todos, no Brasil, todas as decisões valiam apenas entre as partes daquela demanda específica. Para amenizar essa questão, a Constituição de 1934 passou a dispor que, caso a decisão fosse encaminhada ao Senado e este decidisse pela suspensão de seus efeitos, o dispositivo julgado inconstitucional passaria a não mais ser aplicável a caso algum. Dessa forma, evitava-se que a inconstitucionalidade de um mesmo dispositivo gerasse diversas ações semelhantes, tornando mais eficiente o trabalho do Judiciário.

A partir de 1965, por meio da EC 16 à Constituição de 1946, passou a existir no Brasil um sistema misto de controle de constitucionalidade, eis que se adicionou a representação de inconstitucionalidade, posteriormente chamada ação direta de inconstitucionalidade (ADIn).

¹⁰³ LEITE, Glauco Salomão. A extensão da eficácia erga omnes e do efeito vinculante às decisões de inconstitucionalidade em controle difuso pelo supremo tribunal federal: hipótese de mutação (in)constitucional. *Direito público*, nº 29, set-out 2009, p. 95/112. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewFile/751/653>>. Acesso em: 15 nov. 2011, p. 99.

Por meio desta, passa a ser possível o controle concentrado, abstrato, por via principal e com efeitos oponíveis a todos. Sendo assim, nesses casos não é necessária a comunicação ao Senado, eis que, por si, a decisão já é vinculante. Apesar disso, ainda predominava o controle incidental, eis que havia apenas um legitimado para ajuizar a ADIn, o Procurador Geral da República (PGR).

Desde a Constituição de 1988, no entanto, aumentou-se consideravelmente os legitimados para proposição da ADIn¹⁰⁴, bem como se criou a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) e a Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), todas com os mesmos legitimados.

Esse fortalecimento gradual do controle concentrado é utilizado nos votos proferidos na Reclamação 4.335/AC como argumento para a desnecessidade de aplicação do art. 52, X da CF/88, que prevê a comunicação ao Senado.

Além disso, a natural migração do sistema de controle incidental para o concentrado, que tem ocorrido no Brasil teria uma razão: a sua **eficiência**. A necessidade de comunicar o Senado para que este decida sobre a suspensão do dispositivo julgado inconstitucional é posto como contraproducente, sendo a aplicação da vinculação às decisões tomadas em controle incidental uma questão de eficiência que beneficiaria a todos.

Sendo assim, os Ministros, fundamentando-se no histórico das constituições brasileiras e no aumento da eficiência do sistema de controle, defendem que teria havido uma mutação constitucional do art. 52, X da CF/88, o qual passaria a exigir não mais a comunicação ao Senado para que este decida sobre a suspensão da norma, mas apenas para que publique a decisão do STF, a qual já possuiria efeitos vinculantes.

Apesar disso, ver-se-á que houve uma verdadeira legislação judicial sob o título de mutação constitucional.

¹⁰⁴ Constituição Federal de 1988. Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 15 nov. 2011.

3.6 O ativismo judicial na Reclamação 4.335/AC (art. 52, X da CF/88 como mera comunicação do STF ao Senado)

Sob o título de mutação constitucional, os votos sob análise, em verdade, defendem a legislação judicial.

Um histórico de migração de um sistema de controle por via incidental para um por via principal ou a conclusão de que este sistema seria melhor que aquele, não podem, por si, fundamentar uma alteração do texto da norma constitucional pelo Judiciário.

Considerando-se que norma é a união do texto com sua interpretação¹⁰⁵, não é possível ignorar o texto. Essa é a razão pela qual a mencionada migração, com as alterações que vêm sendo feitas no sistema de controle no Brasil, têm se dado por meio de alterações constitucionais, ou seja, por meio de emendas à Constituição, ou até durante a criação de novas constituições. Mais uma vez: a migração não se tem dado por meio do Judiciário.

O foco da questão aqui não é se a alteração do art. 52, X da CF/88 tornaria ou não o sistema mais eficiente. Grande parte da doutrina, inclusive, concorda e apóia a idéia dessa alteração. O ponto aqui é a forma como se pretende fazê-la. Nesse sentido, observe-se como se posiciona Barroso ao descrever qual a situação atual do mencionado dispositivo constitucional e como acredita que deveria ser tratada a matéria:

A verdade é que, com a criação da ação genérica de inconstitucionalidade, pela EC n. 16/65, e com o contorno dado à ação direta pela Constituição de 1988, essa competência atribuída ao Senado tornou-se um anacronismo. Uma decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal, seja em controle incidental ou em ação direta, deve ter o mesmo alcance e produzir os mesmos efeitos. **Respeitada a razão histórica da previsão constitucional, quando de sua instituição em 1934, já não há lógica razoável em sua manutenção.**¹⁰⁶ (grifo do autor)

Apesar disso, em nota, esclarece a impossibilidade da alteração do texto por parte do Supremo Tribunal Federal:

¹⁰⁵ LEITE, Glauco Salomão. A extensão da eficácia erga omnes e do efeito vinculante às decisões de inconstitucionalidade em controle difuso pelo supremo tribunal federal: hipótese de mutação (in)constitucional. *Direito público*, nº 29, set-out 2009, p. 95/112. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewFile/751/653>>. Acesso em: 15 nov. 2011, p. 101.

¹⁰⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 130.

Baseado nesses mesmos fundamentos, o Ministro Gilmar Mendes se manifestou no sentido de entender que o art. 52, X da Constituição teria sofrido mutação constitucional, devendo ser compreendido de maneira inovadora. Segundo ele, a decisão final do STF proferida em controle difuso teria, por si mesma, eficácia geral e vinculante, cabendo ao Senado editar resolução apenas para o fim de conferir maior publicidade a esse fato. A proposta do Ministro encontra-se desenvolvida em voto proferido como relator na Reclamação n. 4.335-AC, tendo recebido a adesão do Min. Eros Roberto Grau. **A despeito da densidade de ambos os votos e da circunstância, já referida, de que a eficácia geral seria realmente mais adequada, tal solução parece esbarrar na literalidade do art. 52, X. Nesse mesmo sentido, negando a ocorrência de mutação constitucional na hipótese, votaram os Ministros Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa.** Até o final de 2007, o julgamento encontrava-se interrompido em razão de pedido de vista do Min. Enrique Ricardo Lewandowski.¹⁰⁷

Pois bem. A alteração, se levada da forma correta, poderia até ser considerada benéfica, como uma evolução do sistema. O problema é que o Judiciário não pode simplesmente ignorar o texto constitucional, e reescrever o dispositivo sob a escusa de que o está reinterprestando.

De acordo com a doutrina de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, define-se mutação constitucional como “as alterações semânticas dos preceitos da Constituição, em decorrência de modificações no prisma histórico-social ou fático-axiológico em que se concretiza a sua aplicação”¹⁰⁸, ou seja, “as alterações do sentido dos enunciados, conservando intacta a sua roupagem verbal”¹⁰⁹. Afirmam ainda os autores, auxiliando-se nos ensinamentos de Canotilho, que, além da limitação do texto, possui a mutação constitucional limites dentro de sua própria definição, ou seja, não se permite, ainda que mantido o texto em sua integralidade, uma liberdade total do intérprete, já que este não deve interpretá-la de forma a acarretar alterações não permitidas pela Constituição¹¹⁰.

A mutação constitucional, ao contrário da reforma constitucional, não trata de alteração de texto, mas de adaptação do texto constitucional que possua mais de um significado possível. Em outras palavras, quando é factível mais de uma interpretação, devido à ambiguidade ou vagueza do texto, o intérprete tem a obrigação de “complementar” a norma, determinando que sentido deve ser aplicado. A significação dos termos utilizados no texto

¹⁰⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 131, nota 107.

¹⁰⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 152.

¹⁰⁹ *Idem, ibidem*, p. 151.

¹¹⁰ *Idem, ibidem*, p. 154.

pode se alterar ao longo do tempo, “impulsionada por novos fatores sociais, políticos e/ou econômicos, mas mantendo-se intacto o Texto Constitucional”¹¹¹. É assim que ocorre a mutação constitucional.

Não é possível ainda esquecer-se da separação dos poderes. Não se fala aqui de uma separação absoluta, onde um não possui nenhuma atividade no âmbito do outro. O que não se pode olvidar é que há sim um sistema que prevê a separação das funções estatais, determinando ainda alguns casos em que um interfere no outro. O que não se pode é, à revelia do que dispôs o Constituinte, haver uma verdadeira invasão ou a efetiva tomada de competências de um Poder pelo outro. José Afonso da Silva, ao declarar também seu apoio à mudança do art. 52, X da CF/88 pondera que, “assim, porém, não quis o constituinte, de sorte que a interferência do Senado na hipótese é de rigor”¹¹². Lênio Streck, Marcelo Oliveira e Martonio Lima, reforçando o entendimento de que a separação de poderes deve ser respeitada, observam:

Ora, um tribunal não pode mudar a constituição; um tribunal não pode ‘inventar’ o direito: este não é seu legítimo papel como poder jurisdicional, numa democracia. A atividade jurisdicional, mesmo a das cortes constitucionais, não é legislativa, muito menos constituinte [...]. Um tribunal não pode paradoxalmente subverter a constituição sob o argumento de a estar garantindo ou guardando.¹¹³

Se existem hoje dúvidas e questionamentos sobre qual seria a melhor forma de exercer o controle de constitucionalidade ou quais efeitos deveria possuir, não há, por outro lado, dúvida quanto ao que pretendeu o constituinte quando da criação daquele dispositivo.

Sendo assim, vê-se que o texto da Constituição é claro, e que há opiniões, nem sempre uníssonas, acerca das reformas necessárias. Há, no entanto, grande diferença entre o que é e o que deveria ser. Como se pode verificar, este trabalho não visa a opinar sobre quais seriam os

¹¹¹ LEITE, Glauco Salomão. A extensão da eficácia erga omnes e do efeito vinculante às decisões de inconstitucionalidade em controle difuso pelo supremo tribunal federal: hipótese de mutação (in)constitucional. *Direito público*, nº 29, set-out 2009, p. 95/112. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewFile/751/653>>. Acesso em: 15 nov. 2011, p. 102.

¹¹² SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. 5. ed. de acordo com a emenda constitucional 56, de 20.12.2007. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 415/416.

¹¹³ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutações constitucionais e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. Disponível em: <http://leniostreck.com.br/index2.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=60&Itemid=40>. Acesso em 10 out. 2011, p. 21.

melhores efeitos para o controle incidental. Afirma, no entanto, que, para serem colocados em prática os efeitos eventualmente desejados, discutidos com uma ênfase no aspecto zetético¹¹⁴ pela doutrina, é necessária a reforma da Constituição, o que não pode ser efetuado pelo Supremo, mas apenas por meio de emenda constitucional pelo Poder Legislativo.

Em última análise, a Corte Maior do Brasil possui inclusive uma ferramenta já consagrada pela Constituição em seu art. 103-A¹¹⁵ para tornar suas decisões obrigatórias, a súmula vinculante. Apesar de todas as críticas nas quais é envolta, inserida por meio de emenda à Constituição, possui bem mais legitimidade do que a simples alteração do texto constitucional. Por exigir outros requisitos, como *quorum* maior e decisões reiteradas sobre o caso, poderia, depois de preenchidas as condições necessárias, dar efeito vinculante à decisão de inconstitucionalidade da proibição da progressão de regime para os crimes hediondos (HC 82.959) com maior respeito ao sistema jurídico vigente.

Ao invés disso, entretanto, os Ministros em seus votos preferiram reescrever o art. 52, X da CF/88, gerando não apenas uma mera alteração procedimental, mas a invasão de um papel constitucional de um Poder por outro. Acrescente-se que, após os votos ora em destaque, devido ao impasse gerado, o STF editou, em 2009, a Súmula Vinculante 26¹¹⁶ no sentido de impor a todos a inconstitucionalidade daquele dispositivo (vedação da progressão de regime para crimes hediondos). A questão, no entanto, permanece relevante, já que em breve se deve decidir pela manutenção ou não da aplicação do art. 52, X da Constituição da República como hoje se entende, já que o julgamento ainda não se findou¹¹⁷.

¹¹⁴ Segundo Tercio Ferraz Junior, “(...) a investigação zetética tem sua característica principal na abertura constante para o questionamento dos objetos em todas as direções (questões infinitas) (...)”, e continua, dizendo que uma pesquisa, do ponto de vista zetético, “comporta pesquisas de ordem sociológica, política, econômica, filosófica, histórica, etc.”. FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 44.

¹¹⁵ Constituição Federal de 1988. Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 15 nov. 2011.

¹¹⁶ Súmula vinculante nº 26. Supremo Tribunal Federal. Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=26.NUME.S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em: 15 nov. 2011.

¹¹⁷ Em novembro de 2011 o processo encontrava-se aguardando julgamento do Pleno do STF, após decisão pela procedência dos Ministros Gilmar Mendes (Relator) e Eros Grau, e improcedência dos Ministros Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa, além de vista do Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em:

Sendo assim, pode-se observar que os Ministros Gilmar Ferreira Mendes e Eros Roberto Grau entendem que seria mais eficiente um sistema de controle de constitucionalidade no qual a decisão tomada incidentalmente tivesse efeitos *erga omnes*. Viu-se ainda que pelo fato de a Constituição determinar de forma diferente, ao invés de apoiar uma eventual alteração de seu texto por meio de emenda constitucional criada pelo Poder Legislativo, ou ainda, confeccionar uma súmula vinculante (o que efetivamente foi feito posteriormente), buscou-se a princípio um caminho diferente. Os votos dos Ministros em questão foram no sentido de que teria havido uma mutação constitucional (em verdade, inconstitucional¹¹⁸), o que os possibilitaria alterar o texto da constituição tornando todas as suas decisões, em controle incidental, vinculantes.

Não se pode esquecer que se toma neste trabalho o ativismo judicial como sendo a invasão de outro Poder, em especial do Legislativo, pelo Judiciário. Nessa esteira, o caso do julgador que busca, forçadamente, sem a utilização de meios legítimos, mudar o texto de uma norma, especialmente uma norma constitucional, porque acredita que se fará mais justo ou mais célere, ilustra bem o caso de ativismo por meio de legislação judicial¹¹⁹.

Ainda que louvável a tentativa do ponto de vista prático, apresenta-se nocivo ao sistema jurídico, que deve possuir e obedecer a certas regras que lhe dão consistência. Não se deve, com base no caso concreto, criar precedentes que confrontem diretamente a lógica do sistema, sob pena de, em outra ocasião, tornar também legítima uma decisão injusta. Ainda que eventualmente, por suposição, argumente-se que, em determinada situação, o Poder Legislativo apresenta alto grau de incompetência ou corrupção, e que o Judiciário estaria apenas suprindo essas falhas¹²⁰, ainda assim, deve-se tomar o máximo de cautela com as decisões tomadas contrariamente ao ordenamento.

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2381551>>. Acesso em: 15 nov. 2011.

¹¹⁸ LEITE, Glauco Salomão. A extensão da eficácia erga omnes e do efeito vinculante às decisões de inconstitucionalidade em controle difuso pelo supremo tribunal federal: hipótese de mutação (in)constitucional. *Direito público*, nº 29, set-out 2009, p. 95/112. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewFile/751/653>>. Acesso em: 15 nov. 2011, p. 104.

¹¹⁹ Como já visto, essa é uma das formas de ativismo judicial apresentadas por Kmiec. Remete-se o leitor ao item 1.2 deste trabalho. Veja-se também KMIEC, Kennan D. The origins and current meanings of “judicial activism”. In: *California Law Review*. Vol: 92:1441, 2004, p. 1471.

¹²⁰ “Nos últimos anos, uma persistente crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade no âmbito do Legislativo tem alimentado a expansão do Judiciário nessa direção [do ativismo judicial], em nome da Constituição, com a proliferação de decisões que suprem omissões e, por vezes, inovam na ordem jurídica, com caráter normativo geral. O fenômeno tem uma face positiva: o Judiciário está atendendo a demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo parlamento (...)”. BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 338.

Como já se defendeu acima, a separação de poderes é constitucionalmente prevista e deve ser respeitada, sob pena de quebra de um equilíbrio que se pretende saudável para o Estado, que busca evitar a concentração exacerbada de poderes. **Sendo o papel de legislar precipuamente do Poder Legislativo (salvo as exceções previstas pelo próprio ordenamento, claro), não se deve, ainda que sob o argumento do eventual mau funcionamento deste Poder, simplesmente ignorá-lo, substituindo-se a este, pondo em prática o que se convencionou chamar de legislação judicial.** Como é sabido, o Legislativo possui, pelo menos em tese, grande legitimidade, já que eleito diretamente pelo povo.

Não é possível confundir as falhas dos detentores do Poder com as falhas do sistema em si. É inviável consertar uma alegada má escolha dos representantes legislativos simplesmente se substituindo a eles. Caso isso ocorra, corre-se o risco de se tentar desenhar o sistema jurídico, embasando-se em raciocínios precários, temporários, criando-se exceções e precedentes, que podem ser nocivos no futuro. Se em um determinado tempo, por exemplo, o Legislativo não funciona bem e o Judiciário toma para si, ainda que com supostas boas intenções, a tarefa de legislar, pode ser que, mais à frente, quando a situação se inverta, ou algum dos Poderes tenha aspirações ditatoriais, por exemplo, o sistema jurídico já esteja suficientemente desgastado para que se busque novamente o equilíbrio, gerando, inevitavelmente, crise.

Sendo assim, por ter o Judiciário se utilizado de artifícios argumentativos indevidos no intuito de invadir uma competência clara do Legislativo, ainda que por acreditar que, de forma pragmática, e para aquele caso, era o melhor caminho, o caso trata de um exemplo de ativismo judicial, concretizado por meio da legislação judicial.

CONCLUSÃO

Como se viu, o termo “ativismo judicial” tem sido utilizado com bastante frequência, devido à crescente importância que o Judiciário tem adquirido nas decisões em diversos campos da vida, tradicionalmente tomadas pelos órgãos políticos. A expressão foi utilizada pela primeira vez, provavelmente, na década de 1940 no Estados Unidos, e, desde então, aplicada com diversos sentidos, inclusive com conotação às vezes negativa, às vezes positiva. Neste trabalho, analisando-se o histórico do termo, optou-se por conceituar o ativismo judicial como sendo a atuação indevida do Judiciário no âmbito reservado aos outros Poderes. Em especial para esta monografia, eis que trata do ativismo relacionado ao controle de constitucionalidade, o termo está relacionado com a interferência no Poder Legislativo. Relevante ainda salientar que a invasão a que aqui se refere não é a da função legislativa de forma utópica, abstrata, mas, como se viu, àquela especificada no ordenamento vigente no País.

Além disso, mostrou-se que o ativismo judicial pode ocorrer sob duas espécies. A primeira por meio da invalidação de atos defensavelmente constitucionais emanados de outros poderes, e a segunda, a chamada legislação judicial. No intuito de facilitar o entendimento e a aplicação do conceito e de suas espécies, lançou-se mão do uso de casos reais.

O primeiro caso foi o julgamento do STF pela desnecessidade do diploma de jornalismo para o exercício da profissão. Foi exposto inicialmente que a Constituição Federal permite expressamente o exercício de qualquer profissão, desde que atendidos eventuais requisitos impostos por lei. No caso do jornalismo, o Decreto-lei 972/69 impunha a necessidade do diploma de graduação do curso de jornalismo, mas o STF entendeu, por maioria, pela sua inconstitucionalidade. Como demonstrado, a decisão pode ser enquadrada como ativismo judicial, eis que, na forma do voto vencido, apresenta argumentos válidos e concretos de sua constitucionalidade, havendo sido indicados, inclusive, outros casos semelhantes nos quais a decisão se deu em sentido contrário, como, por exemplo, o dos requisitos para o exercício da advocacia. Nesse sentido, não se deve excluir uma norma do ordenamento simplesmente sob a alegação de ter sido criada durante a ditadura militar se ela se conforma com a Constituição vigente. Além disso, não há uma ligação direta e clara da lei com a limitação da liberdade de expressão. Concluiu-se da análise desse caso que, havendo a discricionariedade do Legislativo em regular a matéria, o Judiciário deve procurar abster-se, mediante o risco de incorrer em invasão da competência daquele Poder.

Também no segundo caso explorado inferiu-se a ocorrência de ativismo judicial. Apesar de não se tratar de decisão definitiva, os votos exarados em âmbito de Reclamação Constitucional concretizaram verdadeira legislação judicial. O Ministro Relator Gilmar Mendes, seguido pelo Ministro Eros Grau, decidiu que o art. 52, X da CF/88, que dispõe sobre o dever do STF de informar ao Senado sobre decisão de inconstitucionalidade no controle incidental para que seja decidida sobre a suspensão da norma, na verdade deveria ser lido como dever de informar aquela Casa Legislativa apenas para que ela publique a decisão. Dessa forma, foi defendido pelos Ministros que haveria ocorrido mutação constitucional, já que esse é o sentido que aponta a evolução do controle de constitucionalidade no Brasil. Apesar disso, foi visto que todas as alterações no sistema de controle se deram por via legislativa, e não por meio do Judiciário. Além disso, demonstrou-se que a mutação constitucional ocorre sem alteração de seu texto, o que não foi o caso. Dessa forma, foi possível observar a tentativa do Judiciário em alterar o texto constitucional por dele discordar, havendo ficado claro que a forma correta seria por meio de emenda à constituição. Além disso, haveria ainda a opção de o STF se utilizar da criação de súmula vinculante para consolidar sua jurisprudência nos casos cabíveis.

Do conceito adotado e dos exemplos trazidos, infere-se a importância de manter a separação dos poderes no intuito de resguardar a democracia. É comum o ativismo judicial em ambientes nos quais o Legislativo não atua de forma satisfatória, buscando-se por meio desse tipo de atuação suprir as falhas e omissões dos legisladores. Ocorre que isso representa um risco ao sistema político e jurídico que não pode ser desprezado.

Apesar de não se aceitar mais a idéia de que os juízes são meros aplicadores da lei, isso não implica que devam interferir nas decisões políticas, desde que condizentes com o ordenamento, por convicções próprias. Em outras palavras, os Poderes legitimados para tomar as decisões políticas não podem ser ignorados, ainda que se acredite que estão sendo tomadas decisões erradas. Não se pode esquecer que a idéia do paternalismo e dos juízes filósofos, que saberiam sempre o melhor caminho a ser tomado também se encontra ultrapassada.

Nessa direção, apesar de útil para atingir resultados específicos, há que ser considerado o risco de se criar teses para defender que o Judiciário pode atuar de forma ativista. Quando se pensa em um Judiciário justo e um Legislativo incompetente, parece fazer sentido a inversão do sistema, permitindo que o Judiciário decida que caminho deve ser escolhido pelo Legislativo ou, em casos extremos, legisle. Mas não se pode pensar um ordenamento com ambições imediatistas. E se a situação por acaso se invertesse? Nesse

momento, o Judiciário passaria a ter legitimidade para continuar imiscuindo-se no papel do Legislativo.

Cabe ao direito, portanto, procurar dizer que decisões são ativistas e impor os limites. Cabe, por outro lado, à ciência política a análise das deficiências do Legislativo enquanto órgão político e por que em determinado momento ele não funciona bem. Não se deve esquecer ainda da parcela de responsabilidade que possuem os cidadãos, que, em última instância, são aqueles que escolhem os representantes do Executivo e do Legislativo.

Sendo assim, o ativismo judicial se mostra como um remendo no intuito de amenizar temporariamente o mau funcionamento do Legislativo, e não a solução mais acertada ou definitiva. Ao contrário do defendido por alguns autores, a característica que se sobressai no ativismo judicial não é a do atendimento às aspirações do povo, e sim a de se constituir em um sintoma de que algo vai mal. E a melhor forma de corrigir os problemas dos quais o ativismo é sintoma não é buscando substituir-se o Legislativo pelo Judiciário, mas corrigindo este último, mantendo-se sempre a coerência do sistema jurídico e político.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

AQUINO, Rubim Santos Leão de *et al.* **História das sociedades: das sociedades modernas às sociedades atuais**. 26. ed. Rio de Janeiro: Ao Livro Técnico, 1993.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial. In: FELLET, André Luiz Fernandez; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, p. 387/401, 2011.

Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 15 nov. 2011.

_____. Decreto nº 83.284 de 13 de março de 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D83284.htm>. Acesso em: 15 nov. 2011.

_____. Decreto-lei nº 972 de 17 de outubro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0972.htm>. Acesso em: 15 nov. 2011.

_____. Lei nº 4.084 de 30 de junho de 1962. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1950-1969/L4084.htm>. Acesso em: 15 nov. 2011.

_____. Lei nº 8.072 de 25 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm>. Acesso em: 15 nov. 2011.

_____. Lei nº 8.906 de 4 de julho de 1994. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/L8906.htm>. Acesso em: 15 nov. 2011.

CHOUDRY, Sujit. The lochner era and comparative constitutionalism. **International journal of constitutional law**. Vol. 2, nº 1, 2004, p. 1/55. Disponível em:

http://www.law.utoronto.ca/documents/Choudhry/Lochner_Comparative_Constitutionalism.pdf. Acesso em: 14 de novembro de 2011.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade. In: FELLET, André Luiz Fernandez; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 459/473.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

HIME, Gisely Valentim Vaz Coelho. Na Fundação da Primeira Escola de Jornalismo do Brasil, Cásper Líbero Gera o Conceito de Jornalismo Moderno. **Revista Pj:Br – Jornalismo Brasileiro**. São Paulo, nº 3, primeiro semestre 2004.

JACKSON, Harold. Obituary of Arthur M. Schlesinger Jr.. **The Guardian**. 1º mar. 2007. Disponível em: <http://www.guardian.co.uk/world/2007/mar/01/usa.booksobituaries>. Acesso em 16 de Junho de 2011.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito**; tradução de J. Cretella Jr, Agnes Cretella. 3. ed. rev. da tradução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

KMIEC, Kennan D.. The origins and current meanings of “judicial activism”. In: **California Law Review**. vol. 92, 2004, p. 1441/1477.

LEITE, Glauco Salomão. A extensão da eficácia erga omnes e do efeito vinculante às decisões de inconstitucionalidade em controle difuso pelo supremo tribunal federal: hipótese de mutação (in)constitucional. **Direito público**, nº 29, set-out 2009, p. 95/112. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/viewFile/751/653>>. Acesso em: 15 nov. 2011.

MAUS, Ingeborg. O judiciário como superego da sociedade – sobre o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfão”. In **Anuário dos cursos de pós-graduação em direito**, n. 11. Recife: Universitária – UFPE, 2000, p.125-156.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. 5. ed. de acordo com a emenda constitucional 56, de 20.12.2007. São Paulo: Malheiros, 2008

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 30. ed. revista e atualizada até a emenda constitucional nº 56, de 20.12.2007. São Paulo: Malheiros, 2008.

STRECK, Lênio Luiz e MORAIS, José Bolzan de. **Ciência política & teoria do estado**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. Disponível em: http://leniostreck.com.br/index2.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=60&Itemid=40. Acesso em 10 out. 2011.

VALE, André Rufino do. Reis-juízes ou reis-legisladores? O dilema plat nico e o problema da legitimação democrática da Jurisdição Constitucional. In: **Caderno virtual do instituto brasiliense de direito público**, n. 9 - julho/setembro, 2004, p. 1/8. Disponível em: <http://www.idp.org.br/>. Acesso em: 12 nov. 2005.