



Artigo

A Judicialização da Política e os Limites da Interpretação Constitucional:

um estudo de caso

*Legalization of Politics and the Limits of Constitutional Interpretation:
a case study*

*La legalización de la política y los límites de Interpretación Constitucional:
un estudio de caso*

Luiz Gustavo Bambini de Assis ¹

¹ Filiação institucional. Possui graduação em Direito pela USP (2002). Mestre (2006) e Doutor (2010) em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da USP. Foi Bolsista do CNPQ (2000/2001) na área de Direito Público e pesquisador do Núcleo de Estudo Interdisciplinar sobre o Negro no Brasil (NEINB/USP - 2000). Pesquisador do Núcleo de Estudos sobre Políticas Públicas da USP (NUPPs) desde 2011. Foi Secretário Parlamentar no Senado Federal, Assessor Especial da Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República, Assessor de Ministro do Supremo Tribunal Federal, e Assessor Chefe de Gabinete no Tribunal Superior Eleitoral. Na área acadêmica, foi Professor da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) e Professor do Curso de Graduação em Direito da Universidade São Judas Tadeu. Foi Professor de cursos de especialização na Escola Paulista de Direito - EPD. É Professor Doutor de Políticas Públicas e Direito da Escola de Humanidades da Universidade de São Paulo/USP e professor requisitado no Curso de Teoria Geral do Estado da Faculdade de Direito da USP. Atualmente, ministra aulas nos cursos de pós graduação da Universidade de São Paulo - USP.

Correspondência: E-mail: gustavo.bambini@gmail.com.br

Resumo O pretende artigo tem por objetivo analisar o processo interpretativo do Supremo Tribunal Federal, a partir de um estudo de caso específico e como essa atividade vem interferindo, nos últimos anos, na redefinição de poderes da República sob a perspectiva de elaboração das políticas públicas nacionais.

Palabras Clave: Poderes – separação de poderes – judiciário – políticas públicas – redefinição institucional.

Abstract The article intent to analyze the interpretative process of the Supreme Court, from a specific case study and how this activity is interfering, in recent years, the redefinition of powers of the Republic from the perspective of development of national public policies.

Keywords: Powers - separation of powers - legal - public policy - institutional redefinition.

Resumen El artículo tiene como objetivo analizar el proceso de interpretación de la Corte Suprema de Justicia, a partir de un estudio de caso específico y cómo esta actividad está interfiriendo en los últimos años, la redefinición de los poderes de la República en la perspectiva del desarrollo de la política pública nacional.

Palavras-chave: Poderes - separación de poderes - jurídico - políticas públicas - redefinición institucional.

I – O Estado de Direito e a Suposta Crise do Positivismo: Uma Hipótese

Estado Democrático de Direito. Uma característica do sistema político brasileiro que pode ser explicado sob diferentes perspectivas. Para o direito, trata-se de um modelo baseado na idéia da racionalidade, onde a lei, inclusive

as constituições, são os instrumentos basilares que determinam, também, a conduta e as ações do comportamento público.

No modelo democrático, significa que esse processo de construção das leis e normas jurídicas que balizam a ação estatal se dá a partir da vontade popular, consubstanciada em um sistema representativo, onde o legislador, representando o povo, escolhe o melhor instrumento normativo em nome deste.

Para a teoria positivista do direito, cuja base assenta origens no antigo direito romano, a noção de um “*estado de leis*” é fundamental desde as revoluções liberais do século XVII, que fundaram a noção do contrato social na idéia de um estado pautado, inicialmente em declarações de direitos e, a *posteriori*, na concepção de estados constitucionais.

Não seria exagero afirmar que a lei é a expressão maior do direito moderno. É através dela que nasce o ordenamento positivado que, uma vez concebido dentro dos parâmetros da democracia e da representação, constituem o que se denominou, enfim, um modelo de estado, cuja forma de se fazer leis é democrática e, portanto, a partir desta legalidade, é também de direito.

Dessa forma, a ação estatal e, mais precisamente as ações do legislativo, através de uma de suas atividades, o processo de formação das leis, baseado em seus procedimentos específicos, tem como objetivo a constituição do ato normativo como instrumento de regulação das relações sociais.

Mas por que a lei tornou-se instrumento fundamental para o direito moderno? Essa pergunta não pode ser respondida de forma simples, desprovida de um contexto jurídico e, até mesmo, histórico.

A transformação do “*jus*” em “*lex*” é resultado de uma construção social e histórica. As teorias que explicaram a criação do direito são fundamentais para que se entenda o papel central que a lei exerce dentro do ordenamento jurídico moderno.

Durante a Idade Média, a influência religiosa no processo de formação das leis foi bastante significativa. O pensamento eclesiástico, que tantas vezes

suplantou o poder real, teve papel preponderante na produção do direito à época.¹

É de se notar que a maioria dos pensadores do Direito de então eram clérigos, dentre os quais se pode mencionar Santo Agostinho e São Tomás de Aquino. Ambos postulavam a necessidade de obediência às leis, interpretação humana das vontades divinas, para que a vida em sociedade fosse possível.

O pensamento religioso era decisivo para a formação do Jus e não poderia jamais se distanciar dos dizeres divinos, sob pena, inclusive, de perder sua legitimidade e eficácia.²

O ressurgimento das cidades no final da Idade Média, bem como a reforma e a contrarreforma religiosas, foram, em parte, responsáveis pela contestação desse dogma divino na produção das leis até então vigentes, fazendo com que o transcendentalismo, instrumento que habilitava a produção das normas, fruto da interpretação dos dogmas religiosos, passasse a ser questionado. Com isso, o próprio instrumento normativo passou a ter a sua eficácia contestada.

¹ COMPARATO, Fábio Konder. *Ética, direito e moral no mundo moderno*. 3ª edição, São Paulo: Cia. Das Letras, 2006, p. 131. Ao analisar o tema, o autor ressalta a influência da Igreja no pensamento do direito e das questões políticas ao afirmar que “A autoridade moral e o poder temporal do papado nunca foram tão fortes quanto no século XIII. Sob o longo pontificado de Inocêncio III (1198-1216), a soberania papal sobre os reis suplantou a do Imperador. O Papa obrigou o rei da Inglaterra a entregar parte de seu reino ao Monarca Francês, e dispôs livremente das coroas da Hungria, da Dinamarca, de Aragão e de Castela, como se fossem suas. (...) Das lutas entre o papado e a monarquia francesa resultaram inúmeras obras doutrinárias, não raro vazadas num tom panfletário. Dentre esses escritos destacam-se os livros de Egidus Collona, favorável à supremacia dos Papas, e de João de Paris, defensor da preeminência dos reis. Collona sustentava, em seu *De eclesiastica potestate*, publicado em 1302, que os pontífices, como vigários de Cristo, estavam investidos da plenitude potestatis, significando que exerciam não apenas o poder espiritual, como também o temporal, que lhes permitia intervir em assuntos seculares e até mesmo determinar determinadas ações do rei quando necessário”.

² AQUINO, Tomás de. *Suma Teológica*: questão 97; da mudança das Leis; terceiro artigo. São Paulo: Loyola, p. 35. Tomás de Aquino ressalta a influência do pensamento religioso no processo de formação das leis. Não obstante a existência da razão no processo legislativo, a lei sempre deveria estar subordinada à idéia de justiça, que nem sempre era pensada de forma racional: “*Toda lei provém da razão e vontade do legislador; as leis divina e natural da vontade razoável de Deus; a lei humana da vontade do homem, regulada pela razão. (...) Mas é evidente que a lei pode ser mudada e interpretada pelo discurso humano, na medida em que se manifesta o movimento interior e as concepções da razão humana. Portanto, a lei também pode ser mudada e interpretada pelas ações, sobretudo se forem repetidas a ponto de formar um costume*”.



A Idade Moderna tardou a seguir uma visão racional de formação das leis. Em seus primórdios, o poder legal concentrava-se nas mãos dos monarcas absolutistas, cuja legitimidade para elaborar as leis advinha do poder divino. Ela se desenvolve após a organização política medieval. O poder concentrou-se nas mãos da Coroa e toda a autoridade pública passou a dela emanar. Os limites territoriais do poder real foram precisamente estabelecidos e a regulação social, por meio dos atos normativos dos governantes, passou a ser imposta pela vontade de déspotas.

A partir da institucionalização do poder, e com o advento do iluminismo, o processo de formação das leis, tal como apresentado hoje, acaba finalmente desenhado. Essa doutrina trouxe uma série de avanços inegáveis às ciências e às letras. No campo do Direito, a questão não foi diferente.

Pautado em suas duas correntes fundamentais, o racionalismo e o empirismo, o iluminismo, no campo legislativo, levou à criação de duas importantes vertentes para a positivação do Direito. De um lado, a vertente do *contratualismo*, cuja doutrina básica previa que o Estado não era fruto do acaso, mas resultado da ação racional do homem.

De outro lado, a vertente *jusnaturalista* buscou justamente positivar os direitos fundamentais individuais que seriam anteriores à sociedade e ao Estado, cabendo a ele respeitá-los. Assim, os direitos de liberdade, ou de primeira geração ou dimensão, ganham um contorno maior a partir da teoria contratualista. Essa positivação ocorre com o surgimento da Carta Constitucional Norte-Americana, oriunda da Convenção de Filadélfia de 1787, e com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e a posterior constitucionalização desses direitos em 1791, na França.

A partir desse momento, a lei assume um novo papel. Ela passa a ser concebida como o resultado da vontade racional da sociedade. Por esse motivo, passou a ser pensada e elaborada a partir de princípios lógicos e a discricionariedade vai tomando, paulatinamente, o lugar da arbitrariedade no processo de tomada das decisões políticas.

O cumprimento das leis no interior da comunidade, por sua vez, é tarefa de outro Poder que se diferencia, qual seja, o Executivo. Deve-se, pois, evitar a concentração desses dois Poderes em um único órgão, já que isso poderia provocar o surgimento de interesses conflitantes com os da sociedade.

É nessa esteira que surge o Parlamento como instituição apta a equilibrar os interesses dos monarcas com aqueles a esses distintos. O poder político que passa às mãos da burguesia não é, senão, resultado da normatização das condutas e dos direitos. O grande desafio dessa classe social foi conseguir legitimá-lo junto à sociedade, como observa Foucault:

É o problema de evitar os choques, as interrupções; como também os obstáculos que, no Antigo Regime, os corpos constituídos, os privilégios de certas categorias, do clero às corporações, passando pelo corpo dos magistrados, representavam para as decisões do poder. A burguesia compreende perfeitamente que uma nova legislação ou uma nova constituição não serão suficientes para garantir sua hegemonia; ela compreende que deve inventar uma nova tecnologia que assegurará a irrigação dos efeitos do poder por todo o corpo social, até mesmo em suas menores partículas. E foi assim que a burguesia fez não somente uma revolução política; ela soube instaurar uma hegemonia social que nunca mais perdeu. (FOUCAULT, 2007 : 218)

Dentro dessa concepção, a noção de estado de direito vai ganhando um contorno significativo como um sistema de construção normativa apta a balizar as condutas do Estado e disciplinar as ações sociais. Nas palavras do constitucionalista Pimenta Bueno, fazer a lei é:

Prescrever as normas, os preceitos que devem reger os homens e as coisas, as autoridades e a sociedade em todas as suas relações; é exercer a alta faculdade de regular todas as forças sociais, seu desenvolvimento, os destinos públicos, de fazer a prosperidade ou a desgraça do país. (BUENO, 1958. p. 67.)

Dalmo de Abreu Dallari ressalta a importância da legalidade e da submissão do poder político a esse pressuposto na busca de um Estado em que a sociedade encontre a sua coesão:

Verificados esses pressupostos, não há dúvida de que o melhor caminho será o imediato retorno à legalidade, com o poder político submetido a uma disciplina jurídica e assegurada a plena eficácia de todas as normas legais. A adoção dessa providência será mais um poderoso fator de prestígio para os governantes e uma demonstração de confiança na legitimidade e eficiência da nova ordem.(DALLARI, 1996. p. 21.)

Para a teoria do positivismo jurídico, baseada na racionalidade da norma escrita como fundamento da ação no estado moderno, essa concepção da lei como instrumento de regulação social é fundamental para o êxito do conceito do estado de direito, validado pelas normas escritas. A Constituição e as leis gerais são, nessa esteira, elementos estruturantes da própria formação estatal.

Todas essas questões levam, também, a um redesenho institucional e a uma reformulação das atribuições do próprio Estado.³

Surge então o Legislativo, em um primeiro momento, como um contraponto ao poder absolutista dos reis, mas que, gradualmente, adquire novas funções, dentre as quais, a de produzir as leis que balizarão a atuação dos próprios governantes.

A noção de um Parlamento soberano é bastante defendida no constitucionalismo brasileiro desde os seus primórdios. A supremacia do Poder Legislativo, em razão da sua maior afinidade com a democracia e o processo de representação, sempre foi enaltecido para justificar a existência de um poder do qual emanariam as leis.

De acordo com Francisco Sá Filho:

Dos três poderes, detém o Legislativo o privilégio de ser o mais democrático, por que espelha os vários matizes da opinião nacional. Enquanto os titulares do Judiciário são, com raras exceções, nomeados pelo Governo, e o Presidente da República é eleito pelos partidos, que constituem a maioria absoluta ou relativa, com exclusão dos demais, a escolha dos representantes do povo é feita por todas as forças partidárias do país. (SÁ FILHO, 1959. p. 81.)

O histórico artigo XVI da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão – aprovada na França em 1789 – ilustra bem esse fato, pois condiciona a existência de uma Constituição à necessidade da separação dos Poderes.⁴

Uma vez incorporada pelo constitucionalismo, essa teoria serviu de princípio básico para a organização de grande parte dos Estados e permanece até hoje.

³ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 317. De acordo com o autor, “como organização política, o Estado é uma ordem jurídica”. Essa assertiva parece muito significativa, pois submete o desenho institucional do próprio Estado ao império da lei que ele mesmo cria. O Estado deixa de ser moldado por supostos representantes de deus na terra, que interpretam as leis divinas e as aplicam à sociedade como melhor entender. Ao contrário, o Estado moderno é definido pela própria lei. É de se ressaltar a fundamental importância da lei no Estado moderno. É ela quem, inclusive, virá a dizer o que é o Estado.

⁴ “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”

A legalidade é um princípio essencial no Estado Democrático de Direito. Encontra-se, inclusive, positivada no texto constitucional logo em seu primeiro artigo e pressupõe a subordinação do Estado às leis, elaboradas dentro do modelo de democracia representativa. A relevância da lei deve ser destacada no Estado Democrático de Direito não apenas como ato jurídico abstrato e formal, mas também porque a sua função de regulamentação é condição *sine qua non* em um procedimento constitucional qualificado.

O conceito formal de lei é, conforme já afirmado, fundamental para a sua própria caracterização. Os procedimentos e formalidades para a consecução de um ato normativo tornam-se fundamentais para que a lei adquira validade e eficácia.

Dentro dessa lógica positivista, ao menos em tese, o papel do Legislativo como formulador de políticas públicas é fundamental. Se a lei é a expressão maior das ações do Estado, não restam dúvidas de que a sua formulação, pelo Parlamento, é condição de sua existência.

Ocorre que o direito não é um processo estanque. Ele deve – e sempre -, acompanhar a evolução da sociedade para, assim, não se tornar obsoleto em relação aos novos valores e fatos históricos que determinam a conduta humana e a ação do próprio Estado.

O direito que não evolua com o desenvolvimento dos fatos sociais, deixa de ter o lastro da legitimidade e, ainda que formalmente não seja suprimido do ordenamento jurídico, deixa de ser aplicado na prática.

O saudoso Professor Miguel Reale, ao explicar a teoria tridimensional do direito, pautou a produção normativa a partir de dois elementos fundamentais que, conjugados, levam à formação do direito a partir da construção da lei: os fatos sociais e históricos, além dos valores da própria sociedade que, conjugados, levam à criação normativa.

Assim, à medida que os fatos ocorrem no tempo, e novos valores morais e sociais sobre ele influem, o processo de produção normativa será, sempre, o resultado dessa confluência. A lei é o resultado do reflexo desses valores da sociedade, num determinado momento, à luz dos fatos históricos.

E o estado de direito evolui à medida que novos fatos sociais ocorrem e um novo feixe normativo é produzido, suplantando, dessa forma, a legislação

vigente que, por ser imbuída de valores superados e, mais, criada em um momento diferente da história, deixa de ter eficácia para o direito, ainda que não retiradas formalmente do ordenamento jurídico.⁵

Entretanto, quando o processo de produção das leis deixa de acompanhar essa evolução social, o direito necessita de outras alternativas para continuar a ser um instrumento apto a proporcionar as conformações das condutas humanas.

Se em algum momento o Legislativo deixa de ser o protagonista desse processo de atualização normativa, outros caminhos passam a ser trilhados nesse exercício de adequação do direito à realidade contemporânea. E é certo que a interpretação, como um processo disciplinado e desempenhado pelo Judiciário coloca-se como instrumento apto para tanto, conforme se verá a seguir.

A omissão legislativa na transformação e adequação das normas jurídicas não impede que, de alguma forma, o direito adéque-se às novas realidades sociais. Se o Parlamento deixa de cumprir essa função, das duas uma: ou o sistema normativo cai em desuso, tornando-se, por completo, obsoleto, ou uma nova maneira de adequação das normas é encontrada.

E é nesse contexto que o ativismo judicial, a partir da interpretação jurídica e da construção jurisprudencial passa a tomar corpo, apresentando-se, em muitos casos, como a alternativa que se pode utilizar para que a adequação normativa ocorra, e o sistema de estado de direito positivista não entre em colapso.

⁵ Recentemente o Senado e a Câmara dos Deputados criaram uma comissão mista de ambas as casas denominada “Comissão de Consolidação da Legislação Federal e Regulamentação dos Dispositivos da Constituição Federal – CMCLF”, através do Ato Normativo nº 2/2013, a ser presidida pelo Deputado Cândido Vaccarezza (PT/SP), e cujo Relator é o Senador Romero Jucá (PMDB/RR). De acordo com a exposição de motivos que compõe e justifica esse ato conjunto das casas congressuais, *“recente levantamento da Casa Civil da Presidência da República contabilizou mais de 180 mil diplomas normativos, entre leis, decretos-lei, decretos, portarias, resoluções e instruções normativas, grande parte deles conflitantes entre si e com a própria Constituição Federal”*, o que evidencia a existência de inúmeros atos normativos inconstitucionais ou ilegais, sem eficácia no mundo do direito, porém não retirados formalmente do ordenamento jurídico. O Ato citado pode ser acessado em <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=127133&tp=1>. Acesso em 02.09.13.



II - A Reorganização Institucional dos Poderes da República e o Novo Papel da Suprema Corte Brasileira

A discussão sobre a reformulação das funções institucionais dos poderes da República no Brasil já não é mais assunto tão recente e desconhecido nas áreas do direito e da ciência política.

Um Executivo mais presente na formulação das leis nacionais⁶, um Parlamento que exerce, cada vez mais, sua função atípica de julgar na sua atividade repressiva de controle⁷, assim como um Judiciário que passa a atuar em uma seara antes exclusiva daqueles Poderes passou a ser uma realidade no redesenho institucional que o modelo de separação de poderes vem sofrendo, principalmente após o advento da Constituição Federal de 1988 e da ausência de normas que regulamentem dispositivos programáticos da Lei Maior, por meio do processo legislativo clássico.

Nesse redesenho institucional, enquanto o embate político entre governo e oposição ocorre nas arenas do Parlamento e do Executivo, no modelo denominado *presidencialismo de coalizão*⁸, o Judiciário vem desempenhando

⁶ Importante ressaltar que essa maior participação do Executivo na deflagração do processo legislativo brasileiro é fruto de uma concentração de poderes, dada pela Constituição Federal de 1988, àquele Poder, conforme dispõe o § 1o. Do artigo 61, que trata das leis de iniciativa privativa do Executivo, e do artigo 62, que trata do rito de formulação e tramitação das medidas provisórias. Para que se possa ter uma idéia desse comando como um reflexo no sistema normativo brasileiro, analisou-se as leis sancionadas pelos Presidentes Fernando Henrique Cardoso e Luís Inácio Lula da Silva nos seus respectivos primeiros anos de Governo. Das 283 leis ordinárias e complementares sancionadas no ano de 1995, 60 eram de iniciativa do Legislativo e 10 do Poder Judiciário. Os demais 213 atos normativos eram de iniciativa do Executivo, via medidas provisórias, leis de iniciativa reservada ou de abertura de crédito. No mesmo sentido, no ano de 2003, das 239 leis sancionadas, 50 eram de iniciativa do Parlamento, 7, do Judiciário e as outras 182, de iniciativa do Executivo. Essas informações foram obtidas na Subchefia para Assuntos Parlamentares da Secretaria de Relações Institucionais da Presidência da República (SUPAR/SRI).

⁷ Faz-se aqui referência ao trabalho das Comissões Parlamentares de Inquérito, em ambas as Casas do Congresso Nacional, que se proliferaram nos últimos anos como instrumento de controle do Parlamento sobre as ações ou omissões dos demais poderes. Nos últimos anos, a instalação de CPIs tem sido uma atividade recorrente, motivada principalmente pelos partidos de oposição, como forma de controle e exercício de pressão política sobre as ações do Poder Executivo e também do Judiciário.

⁸ ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. *Presidencialismo de Coalizão: O Dilema Institucional Brasileiro*. In *Revista de Ciências Sociais*. v. 31, n. 1, 1988. p. 5-32. No Brasil, prevalece um sistema que se denomina *Presidencialismo de coalizão*, segundo o qual o Presidente da República conta, no Congresso Nacional, com uma base de sustentação que pode ser denominada *coalizão de governo*. Ressalta o autor que “o Brasil é o único país que, além de combinar a proporcionalidade, o multipartidarismo e o “presidencialismo imperial”, organiza o

um papel mais atuante, que extrapola a sua função de legislador negativo, tanto ao apresentar respostas às questões que necessitam de regulamentação, quanto na formulação de políticas públicas fundamentais para a sociedade brasileira.

E a esse fenômeno tem se dado o nome de *judicialização da política* ou *politização do Judiciário*, que coloca aquele Poder no centro de tomadas de decisões, fazendo com que seus ministros sejam efetivos formuladores das políticas que deixam de ser discutidas, aprovadas e implementadas nas arenas de discussão democrática dos demais poderes, possibilitando ao Judiciário atuar no vácuo deixado pela inação de outras instâncias e fazendo com que aquele Poder busque, na própria democracia, subsídios para atuar além de seus limites institucionais.⁹

O conceito de *judicialização da política*, muito trabalhado por autores do direito, é também estudado por José Eisenberg, que o classifica como um processo:

(...) composto de dois momentos distintos: (1) refere-se a um processo de expansão dos poderes de legislar e executar leis do sistema judiciário, representando uma transferência do poder decisório do Poder Executivo e do Poder Legislativo para os juízes e tribunais - isto é, uma politização do Judiciário; (2) a disseminação de métodos de tomada de decisão típico do Poder Judiciário nos outros poderes. Em nosso juízo, este segundo movimento é mais bem descrito como uma 'Tribunalização' da política, em oposição à judicialização representada pelo primeiro movimento. (EISENBERG. 2002. p. 47.)

Com relação a esse segundo conceito, ele está diretamente relacionado ao maior poder investigatório que vem desempenhando o Congresso Nacional por meio de suas comissões de inquérito.

O presente estudo não se aterá a esse fenômeno, que também tem sido alvo de inúmeras críticas por parte de cientistas políticos e operadores do

Executivo com base em grandes coalisões. (...) O Brasil retorna ao conjunto das nações democráticas, sendo o único caso de presidencialismo de coalisão”.

⁹ A afirmação pode ser constatada no voto do Ministro Gilmar Mendes, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510/DF, que tratou sobre a constitucionalidade da lei de biossegurança. À ocasião, o ministro afirmou que “O Supremo Tribunal Federal demonstra, com esse julgamento, que pode, sim, ser uma casa do povo, tal qual o Parlamento. Um lugar onde os diversos anseios sociais e o pluralismo político, ético e religioso encontram guarida nos debates procedimental e argumentativamente organizados em normas previamente estabelecidas”.

direito, mas sim ao fenômeno da judicialização e de que maneira ele coloca o Judiciário cada vez mais em evidência no sistema institucional brasileiro.

Ao analisar a judicialização sob o ponto de vista das instituições públicas, Gisele Cittadino ressalta que esse processo possui várias faces e tem, como consequência, a democratização da atividade de interpretação da própria Constituição, uma vez que a exposição à qual o Judiciário está submetido quando protagoniza ações, permite uma *abertura constitucional*, em que cidadãos, partidos políticos e associações integrem o círculo de intérpretes da Constituição, democratizando-se, dessa forma, o processo interpretativo, na medida em que ele se torna aberto e público pelo próprio Poder Judiciário.

Nesse contexto, a atividade de interpretação, instrumento segundo o qual o Judiciário se faz presente na formulação das políticas e na criação de atos com força normativa, torna-se um instrumento a serviço daquele Poder que o constitui apto a, muito mais do que adequar o direito às relações sociais, transformar a sociedade por meio da formulação de políticas públicas.

Ocorre que, ao assumir o papel de protagonista na formulação das políticas nacionais, o Judiciário tem se utilizado do processo interpretativo da Constituição para criar novas ações que, não raro, podem usurpar funções dos demais poderes, gerando um certo desequilíbrio institucional.

Assim, ainda que os resultados dessas condutas possam ser efetivos ou benéficos para a sociedade, o meio pelo qual eles são conquistados consubstanciam consequências a serem ponderadas para a democracia e para as próprias instituições.

A partir de sua função de guardião da Constituição, o Supremo Tribunal Federal vem desempenhando, pela via interpretativa, uma série de inovações decisórias que tem colocado o Judiciário brasileiro em um novo patamar em relação ao Executivo e ao Legislativo, inclusive imputando a esses Poderes novas responsabilidades e deveres.

Como referência ao que se afirmou, cite-se a decisão proferida pela Suprema Corte, em sessão de 4 de outubro de 2007, quando o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao analisar os Mandados de Segurança que tratavam da fidelidade partidária – MS 26.602, 26.603 e 26.604 – impetrados, respectivamente, pelo Partido Popular Socialista (PPS), Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) e Democratas (DEM), decidiu que a titularidade do mandato pertence ao partido político, e não ao eleito.

Outra decisão que traduz esse efeito é a proferida pelo Ministro Eros Grau no caso da regulamentação do direito de greve no serviço público, previsto no artigo 9º da Constituição, com a previsão, no § 1º,

de uma lei específica definir os serviços e atividades essenciais que não devem ser interrompidos mesmo durante as paralisações.

Muito embora essa previsão constitucional exista desde 1988, cabendo ao Parlamento elaborar a citada lei, aquele Poder omitiu-se em fazê-lo. O Supremo Tribunal Federal, ao analisar o Mandado de Injunção 712/PA, que tratava justamente do assunto, entendeu que deve ser aplicável às atividades de greve no serviço público, as previsões da Lei Federal 7.783/89, que regula a paralisação no serviço privado, até que o Legislativo vote proposta que regulamente a questão.

III – O Processo de Interpretação Judicial x Mutação Constitucional a Partir do Controle de Constitucionalidade: O Caso da Reclamação 4.335/DF - STF¹⁰

O caso que se pretende analisar é bastante sintomático e pode refletir o que se afirmou acima sobre o novo papel do Poder Judiciário no redesenho institucional contemporâneo.

A ação a que se faz alusão visa discutir a possibilidade de se conferir efeito *erga omnes* às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em controle difuso de constitucionalidade, sem que haja a necessidade de o Senado Federal suspender, no todo ou em parte, lei declarada incidentalmente inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, conforme dispõe o inciso X do artigo 52 da Constituição Federal.

O Ministro Relator da ação, Gilmar Mendes, ao analisar essa questão observou que,

O Senado Federal não revoga o ato declarado inconstitucional, até porque lhe falece competência para tanto. Cuida-se de ato político que empresta eficácia *erga omnes* à decisão do Supremo Tribunal proferida em caso

¹⁰ Até a presente data, após o deferimento da liminar pelo Ministro Relator, Gilmar Mendes, votaram, em relação ao mérito da ação, os Ministros Eros Grau, Joaquim Barbosa e Sepúlveda Pertence. O processo encontra-se concluso, com pedido de vista, pelo Ministro Teori Zavascki, conforme consta no site oficial do STF: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2381551>. Acesso em 05.08.13.



concreto. Não se obriga o Senado Federal a expedir o ato de suspensão, não configurando eventual omissão ou qualquer infringência a princípio de ordem constitucional. Não pode a Alta Casa do Congresso, todavia, restringir ou ampliar a extensão do julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal.(MENDES, s/d.).

O que parece interessante de se analisar é como, a partir do advento da Constituição Federal de 1988 e da democratização do acesso ao controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, essa mesma Corte, utilizando-se do seu processo interpretativo, pode vir a proferir uma decisão que muda o sistema de calibragem entre os poderes, a depender da decisão majoritária na Reclamação 4.335 já citada.

Se prevalecer o entendimento do Ministro Gilmar Mendes, o que prevê a Constituição Federal em seu artigo 52, inciso X, pode deixar de ser aplicado, na prática, sem que isso se dê por meio de uma emenda à Constituição, mas sim a partir do processo interpretativo do texto constitucional, feito pelo Supremo Tribunal Federal, o que deve ser analisado com cautela pelos operadores do direito.

Analisando-se faticamente as atividades do Senado Federal, no que concerne ao exercício de suas atribuições, não há como afirmar que o instituto da suspensão previsto no artigo 52, X, da Carta Magna, pelo Senado Federal, subsiste apenas em razão da questão histórica. Isso porque a Alta Câmara do Congresso, não raramente, tem analisado a questão da constitucionalidade das leis, sobre elas deliberando acerca da suspensão.

Apenas para registro, entre os anos de 2011 até 2013, foram encaminhados, pelo Supremo Tribunal Federal, ao Senado da República, para apreciação, 6 (seis) ofícios denominados “Ofício “S” em que o Presidente do Supremo submete à apreciação e deliberação da Câmara Alta Legislativa, nos termos do inciso X do artigo 52 da Constituição, a suspensão, no todo ou em parte, de lei declarada incidentalmente inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.¹¹

11

Disponível

em

http://www.senado.gov.br/atividade/materia/Consulta.asp?STR_TIPO=OFS&TXT_NUM=&TXT_ANO=&SEL_TIPO_AUTOR=&TXT_AUTOR=&SEL_PARTIDO=&SEL_UF=&TXT_RELATOR=&TXT_ASSUNTO=inconstitucionalidade&RAD_TRMT=T&SEL_TIPO_NORMA=&TXT_NUM_NORMA=&TXT_ANO_NORMA=&SEL_SITUACAO=&Tipo_Cons=8&hid_comissao=TOD++TODAS&hid_status=TOD++TODAS&ind_relator_atual=&sel_comissao=&tip_palavra_chave=T&ind_status_atual=A&dat_situacao_de=&dat_situacao_ate=&txt_tramitacao=&dat_apresentacao_de=&dat_apresentacao_ate=&IND_COMPL=&FlagTot=1&orderby=6&sel_assunto=&sel_natureza=. Acesso em 31.07.13.

No ano de 2012, a Comissão de Constituição e Justiça do Senado analisou, de acordo com o balanço de atividades realizadas¹², analisou e arquivou dois Ofícios “S”, dando cumprimento, dessa forma, ao disposto no inciso X do artigo 52 já citado.

Conforme demonstrado no voto do Ministro Ricardo Lewandowski, no ano de 2007, desde 7 de fevereiro, a Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal pautou, para deliberação dos seus membros, nada menos que 27 ofícios encaminhados por esta Corte, solicitando a promulgação de projeto de resolução em que se suspenda a execução dos dispositivos declarados inconstitucionais em controle difuso. Desse total, 16 foram aprovados, 5 julgados prejudicados e 5 foram arquivados.¹³

Essa mudança de interpretação com a conseqüente derrogação do inciso X do art. 52 da CF poderia impactar nas atribuições conferidas ao Senado da República no que se refere ao controle de constitucionalidade.

Significa dizer que àquela Casa Legislativa não mais competiria suspender a execução de lei declarada inconstitucional, mas apenas dar publicidade à decisão desta Corte. Não há como não falar em uma *capitis diminutio* no que se refere às competências do Senado Federal.¹⁴

Não há como falar em mutação constitucional, no presente caso, sem se enfrentar essa delicada questão do equilíbrio institucional. Almeja-se, de

¹² SENADO FEDERAL. Comissão de Constituição e Justiça (CCJ): balanço de atividades (2011 e 2012). Brasília: Editora do Senado, p. 29.

¹³ Essa informação pode ser obtida no site oficial do Senado Federal, disponível em: <<http://webthes.senado.gov.br/bin/gate.exe?f=toecn&state=rrqsme.1.21#>> Acesso em: 21.06.2013.

¹⁴ Há ainda um fato curioso. Na análise do Ofício “S” 6/2011, feita pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, o relator da proposta, senador Demóstenes Torres, ao analisar a decisão do STF, que declarou incidentalmente inconstitucional os arts. 33, § 4º e 44 da Lei 11.343/2006, entendeu que ao Senado Federal, por força do inciso X do art. 52 da CF, compete exarar, nas palavras do Relator, “juízo político sobre a conveniência da extensão dos efeitos da decisão exarada pela Suprema Corte no bojo do sistema difuso de controle de constitucionalidade”. A considerar esse ponto, o Senado Federal entendeu não estar vinculado a declarar ou estender todo o efeito da decisão proferida pelo STF. Poderia, na visão do Projeto de Resolução aprovado, editar ato normativo restringindo a interpretação jurisdicional da Corte Suprema, como o fez, ao não declarar inconstitucional o art. 44, restringindo os efeitos da inconstitucionalidade apenas ao § 4º do art. 33. Dessa forma, o Senado da República não só fez uso da competência constitucional prevista no inciso X do art. 52 da CF, como também modulou os efeitos da decisão proferida pelo STF, ao editar Resolução específica. Essas informações podem ser obtidas ao se acessar o site do senado: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=99278. Acesso em 01.08.2013.

alguma forma, a migração de funções constitucionalmente atribuídas a um poder para o outro.

Ademais, há que se ressaltar que a própria teoria da mutação constitucional admite limites para esse tipo de atividade. É fato que a via interpretativa é uma salutar forma de alteração da Constituição, do seu sentido, a fim de que essa possa, de fato, acompanhar a evolução social. Todavia, as alterações oriundas do processo interpretativo não podem violar o conteúdo essencial do texto maior. A aplicação da interpretação perde seu sentido justamente quando passa a afrontar o conteúdo da norma.

Celso Ribeiro Bastos afirma, justamente, que a vontade do intérprete encontra seus limites nas balizas impostas pela própria Constituição. Nas palavras do autor:

É certo que mesmo sem haver uma mutação formal da norma constitucional a sua compreensão muda, em virtude da constante evolução da sociedade. Mas isso se dá com uma direção precisa, e não em qualquer sentido. Em outras palavras, não se trata do produto de uma força incontrolável e desconhecida, que a tudo e a todos poderá atingir. (BASTOS < 2002. p. 257.)

Não é demais citar Konrad Hesse, já muito lembrado nos votos proferidos pelos Ministros da Suprema Corte no caso em comento, que também faz alusão aos limites da interpretação constitucional, ao afirmar que

... a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (*Gebot optimaler Verwirklichung der Norm*). Evidentemente, esse princípio não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual. Se o direito, e sobretudo a Constituição, têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tabula rasa. Ela há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição. A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação.

Em outras palavras, uma mudança das relações fáticas pode – ou deve – provocar mudanças na interpretação da Constituição. Ao mesmo tempo, o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e, por

consequente, o limite de qualquer mutação normativa. A finalidade (Telos) de uma proposição constitucional e sua nítida vontade normativa não devem ser sacrificadas em virtude de uma mudança da situação. **Se o sentido de uma proposição normativa não pode mais ser realizado, a revisão constitucional afigura-se inevitável.** Do contrário, ter-se-ia a supressão da tensão entre norma e realidade com a supressão do próprio direito. Uma interpretação construtiva é sempre possível e necessária dentro desses limites “. (grifos nossos). (HESSE, 1991. p. 22-23.)

Desse modo, a não aplicabilidade de uma norma constitucional ou o seu eventual desuso devem ser resolvidos por meio das emendas ao texto constitucional, e não a partir da interpretação.

Paulo Bonavides faz ácida crítica ao processo interpretativo, quando carregado de subjetivismo e divorciado do compromisso de manutenção da rigidez constitucional:

Observa-se por outra parte que a moderna interpretação facilita o comportamento autoritário dos poderes governantes, que comodamente se divorciam, por essa via evasiva, da rigidez dos cânones constitucionais. Muitos têm visto na hermenêutica dos tribunais que se valem desse métodos, uma volta pura e simples da interpretação subjetivista, aquela preferida dos sistemas autoritários ou das formas políticas que emergem de um espasmo revolucionário e fazem do novo direito a base constitutiva do ordenamento social reformado, com assento numa Constituição que lhe serve apenas de respaldo formal. (BONAVIDES. p.484.)

O constitucionalista português Jorge Miranda também ressalta as formalidades e pressupostos necessários para o processo de interpretação constitucional:

A interpretação constitucional não é de natureza diferente da que se opera noutras áreas. Como toda a interpretação jurídica está estreitamente conexa com a aplicação do direito; não se destina à enunciação abstrata de conceitos, destina-se à conformação da vida pela norma.

(...)

A interpretação constitucional tem que ter em conta condicionalismos e fins políticos inelutáveis e irreduzíveis, mas não pode visar outra coisa que não sejam os preceitos e princípios jurídicos que lhes correspondem. Tem de olhar para a realidade constitucional, mas tem de saber tomar como sujeita ao influxo da norma e não como mera realidade de facto. Tem de racionalizar sem formalizar. **Tem de estar atenta aos valores sem**



dissolver a lei constitucional no subjectivismo ou na emoção política”.
(grifos nossos). (MIRANDA, 2003. p. 288.)

O apego ao texto constitucional deve, de alguma forma, ser sopesado. Não parece razoável falar em mutação constitucional sem, contudo, racionalizar-se o processo interpretativo. Nesse sentido, a linguagem é fundamental. Segundo Heidegger, também citado no voto proferido pelo Ministro Ricardo Lewandowski, a palavra é essencial para se conferir ser às coisas. *“Nenhuma coisa é onde a palavra, isto é, o nome, faltar”*(Heidegger, 2004). Dessa forma, a literalidade da norma pode ser considerada o ponto de partida para o processo interpretativo.

É que, no processo hermenêutico plural, a interpretação de uma Constituição não se dá apenas no âmbito do Poder Judiciário. Quanto mais pluralista for uma sociedade, e, portanto, mais condizente com os princípios do estado democrático de direito, mais abertos serão os critérios de interpretação constitucional. Nesse sentido, o legislador assume um papel essencial, como, aliás, muito bem ressalta Peter Haberle:

O legislador cria uma parte da esfera pública (Offentlichkeit) e da realidade da Constituição, ele coloca acentos para o posterior desenvolvimento dos princípios constitucionais. Ele atua como elemento precursor da interpretação constitucional e do processo de mutação constitucional.(HABERLE, 1997. p. 27)

A revisão constitucional também é um processo interpretativo do texto Maior. Interpreta-a o legislador ao emendá-la. A mutação poderia se dar, então, por meio da interpretação do próprio legislador. Como resultado, a revisão constitucional poderia advir como forma legítima de se alterar o sentido de uma norma.

Sobrevalorizar, portanto, o papel do Judiciário, conferindo-lhe amplo poder para, inclusive, reconhecer mutação constitucional sem quaisquer limites, é o mesmo que ferir os princípios do Estado Democrático de Direito. Isso porque um dos mais importantes fundamentos desse Estado é o reconhecimento da soberania popular, soberania essa expressada, no presente caso, pelos representantes do povo na Assembléia Constituinte.

Ora, se se conferiu esta atribuição ao Senado Federal no art. 52, X, da Constituição, não compete ao Poder Judiciário agora subtraí-la. Se assim tem que ser, que os representantes do povo se reúnam e utilizem-se do seu poder reformador, via emenda à Constituição.

O que não parece razoável é alterar o texto constitucional explícito por meio de um processo interpretativo que extrapola a função constitucional da Suprema Corte.

IV – Conclusão

Não restam dúvidas de que o processo de atualização das normas, em um sistema positivista, de origem romanística, como o sistema brasileiro, é fundamental para que o ordenamento jurídico, mais do que validade, obtenha eficácia em sua aplicabilidade, em diferentes momentos históricos da sociedade.

Dessa forma, a adequação do direito à realidade social, e não o contrário é mecanismo imprescindível para a consolidação do estado de direito e não pode prescindir da própria ação estatal para levar a cabo essa prática.

Se, atualmente, o Legislativo tem deixado de cumprir, em determinados casos, a adequação legislativa para que esse processo dinâmico ocorra de forma salutar e necessária, é certo que o judiciário vem desempenhando essa atribuição a partir da “adequação normativa” por intermédio do processo interpretativo.

É fato que a interpretação constitucional e legal permite, de certa forma, a adequação normativa ao momento histórico e social. E é isso que vimos assistindo em virtude da omissão legislativa do Parlamento em, não somente atualizar o sistema normativo brasileiro, como também ao deixar de disciplinar condutas jurídicas, muitas vezes, inclusive, previstas pela própria Constituição.

Parece razoável a ação do Judiciário como instrumento de calibragem das normas aplicadas aos fatos. Todavia, o que se tentou demonstrar é que existem limites claros da atuação judicial, para que não haja a possibilidade de se alterar, por completo, o sentido das leis, elaboradas, dentro da lógica da democracia representativa, pelo Poder que mais representa a sociedade brasileira a partir do seu pluralismo político e social.

Existem, e isso tentou ser mostrado no presente artigo, mecanismos, técnicas e limites para que a atividade interpretativa não usurpe funções constitucionais, a despeito da omissão legislativa que, ao que nos parece, é significativa e preocupante no redesenho institucional brasileiro.



Há que se tomar cuidado, pois, para que a ação interpretativa e o poder hoje conferido ao Judiciário, por omissão deliberada do Parlamento, não deforme o equilíbrio institucional e o salutar controle entre os poderes.

Referencias Bibliográficas

- Abranches, Sérgio Henrique Hudson de. (1988). Presidencialismo de Coalizão: O Dilema Institucional Brasileiro. In Revista de Ciências Sociais. v. 31, n. 1. p. 5-32.
- Aquino, Tomás de. Suma Teológica: questão 97; da mudança das Leis; terceiro artigo. São Paulo: Loyola, p. 35.
- Bastos, Celso Ribeiro. (2002). Hermenêutica e interpretação constitucional. 3. ed. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. p. 257.
- Bovero, Michelangelo. (2002). Contra o Governo dos Piores. Trad. Daniela Beccaria. Rio de Janeiro: Campus. p. 150-151.
- Bonavides, Paulo. Curso de Direito Constitucional. Op. cit. p. 484.
- Cittadino, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In Viana, Luiz Werneck (Org.). A democracia e os três poderes no Brasil. Op. cit. p. 31.
- Comparato, Fábio Konder. (2006). Ética, direito e moral no mundo moderno. 3ª edição, São Paulo: Cia. Das Letras. p. 131.
- Dallari, Dalmo de Abreu. (1996). O Renascer do Direito. 2. ed. São Paulo: Saraiva. p. 21.
- Eisenberg, José. (2002). Pragmatismo, direito reflexivo e judicialização da política. In Vianna, Luiz Werneck (Org.). A democracia e os três Poderes no Brasil. Rio de Janeiro: IUPERJ p. 47.
- Foucault, Michel. (2007). Microfísica do Poder. 24. ed.. São Paulo: Graal. p. 218.
- Haberle, Peter. (1997). Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. p. 27.



- Heidegger, Martin. (2004). A caminho da linguagem. Trad. Márcia Sá Cavalcante Schuback. 2. ed. São Paulo: Editoras Vozes e Universitária São Francisco. p. 129.
- Hesse. Konrad. (1991). A força normativa da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. p. 22-23.
- Kelsen, Hans. (2006). Teoria Pura do Direito. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes. p. 317.
- Locke, John. Segundo tratado sobre o governo. (1994). Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. São Paulo: Vozes. Capítulo XII. p. 91-93.
- Loewenstein, Karl. (1970). Teoría de la Constitución, 2. ed.. trad. .Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel. p. 54.
- Miranda. Jorge. (2003). Manual de Direito Constitucional. 5. ed. Tomo II. Coimbra: Ed. Coimbra,. p. 288.
- Pimenta Bueno, Antonio. (1958). Direito Público e Análise da Constituição do Império. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça. p. 67.
- Sà Filho, Francisco. (1959). Relações entre os Poderes do Estado. Rio de Janeiro: Borsoi Editor. p. 81.