



SEPARAÇÃO OU INTROMISSÃO DOS PODERES: ativismo judicial e súmula vinculante como pressupostos da revisão da clássica Separação dos Poderes¹

RONALDO Soares MALHEIRO

Advogado, Consultor Jurídico da Câmara Municipal de Bequimão - MA. Especialista em Direito do Estado e Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera – UNIDERP/LFG. Bacharel em Direito pela Universidade CEUMA. Membro do Grupo de Estudos em Direito Constitucional da Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional do Estado do Maranhão e membro da Comissão de Direito Previdenciário da Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional do Estado do Maranhão. Foi membro da Comissão de Jovens Advogados da Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional do Estado do Maranhão no biênio 2011-2012 e é servidor público federal. Contato: advocacia@ronaldomalheiro.adv.br. Site: www.ronaldomalheiro.adv.br.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Ativismo Judicial; 2. Súmula Vinculante: função legislativa do Poder Judiciário; 3. Revisão da clássica Separação dos Poderes; Considerações Finais;

RESUMO: O presente estudo apresenta reflexões sobre a interferência da atividade jurisdicional na clássica separação dos Poderes, enquanto criadora do Direito, verificando se a atuação criativa ou ativismo judicial significa ou não uma intromissão do Poder Judiciário nas funções típicas dos demais Poderes, na medida em que atua a partir do caso concreto, com destinatário determinado ou determinável, numa busca constante de adaptação à realidade social, sempre visando realizar os fins do Estado, cujo objetivo maior é promover a plena realização da pessoa humana. Isso exige que o Poder Judiciário atue como legislador, mediante a edição de Súmulas Vinculantes, e que o juiz passe a ter responsabilidade no sucesso político das finalidades impostas aos demais Poderes pelas exigências do Estado Democrático Social de Direito, o que demonstra a necessidade de revisão da clássica separação dos Poderes do Estado, porém, é preciso que haja certos limites à criatividade judicial.

¹ As ideias originais deste Artigo estão num capítulo da Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual para obtenção do grau de especialista em Direito do Estado, com o título “*A transcendência dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal no Controle Difuso de Constitucionalidade*”.



Palavras-chave: Ativismo Judicial. Função legislativa do Poder Judiciário. Súmula Vinculante. Revisão da clássica Separação dos Poderes.

ABSTRACT: This article presents reflections on the interference of judicial activity in the classic separation of powers, as creator of law, checking the performance or creative judicial activism means or not an intrusion of the judiciary in the typical functions of the other branches, in that it acts from the case with the recipient determined or determinable, in a constant search for adaptation to social reality, always aiming to achieve the purposes of the State, which are: to promote the full realization of the human person. This requires that the judiciary acts as legislator, by editing Binding Precedents, and the judge pass to take responsibility in the success of the political purposes imposed by the demands of other Powers Social Democratic State of Law, which demonstrates the need for revision the classic separation of powers of the State, however, there must be some limits on judicial creativity.

Keywords: Judicial Activism. Legislative function of the Judiciary. Binding Precedent. Review of classical Separation of Powers.

Introdução

O presente estudo se propõe apresentar reflexões sobre a interferência da atividade jurisdicional, enquanto criadora do Direito, na clássica separação dos Poderes, refletindo sobre a revisão dessa separação formulada por Montesquieu. Tem o objetivo de verificar se a atuação criativa ou ativismo judicial significa ou não uma intromissão do Poder Judiciário nas funções típicas dos demais Poderes, na medida em que atua a partir do caso concreto, com destinatário determinado ou determinável.

Embora o ativismo judicial possa transmitir conotação própria de hipertrofia do Poder Judiciário, busca-se esclarecer a legitimidade de sua atuação criativa como co-criador do Direito, no caso concreto previsto abstratamente pelo legislador, numa busca constante de adaptação à realidade social, sempre visando realizar os fins do Estado, cujo objetivo maior é promover a plena realização da pessoa humana.

Isso exige que o Poder Judiciário atue como legislador, mediante a edição de Súmulas Vinculantes, e que o juiz passe a ter responsabilidade no sucesso político das finalidades impostas aos demais Poderes pelas exigências do Estado Democrático Social de Direito, o que demonstra a necessidade de revisão da clássica separação dos Poderes do Estado, porém, é preciso que haja certos limites à criatividade judicial.



Considerando que a presente discussão busca saber em que medida a atividade jurisdicional interfere na clássica separação dos Poderes, enquanto criadora do Direito, faz-se necessário entender que tradicionalmente, em sentido material, as leis seriam normas gerais, abstratas e inovadoras da ordem jurídica, ao passo que as decisões judiciais seriam mero ato de aplicação dessas normas.

Assim sendo, tendo em vista a natureza normativa (típica da função legislativa) da súmula vinculante, pouco importa se este ato de criação do Direito tenha sido emanado do Judiciário ou do Legislativo, desde que atenda às finalidades do Estado, precipuamente voltadas à promoção da plena realização do ser humano, com fundamentos na dignidade da pessoa humana.

Entretanto, não se pode negar os efeitos colaterais que o uso da súmula vinculante acarreta, especialmente a possibilidade de enrijecimento exagerado da interpretação, sobretudo, em matéria constitucional, o que contraria à própria ideia de criação e adaptação do Direito à realidade social, bem como se estará convertendo o Supremo Tribunal Federal em elemento de impulsão do ativismo judicial, aproximando-se da atividade legislativa, embora compatível com o princípio da separação dos Poderes, vez que prevista constitucionalmente.

O desenvolvimento da hermenêutica propiciou que as decisões judiciais passassem a ser, necessariamente, mais criativas e inovadoras, principalmente pelo fato de a decisão (norma do caso concreto) não se limitar a reproduzir o que está nos textos normativos, os quais são adaptados e complementados para poder disciplinar adequadamente a situação fática que provocou a atuação do Poder Judiciário. No entanto, é inegável que a liberdade de criação do Direito pelo Judiciário é significativamente inferior àquela reservada ao Legislativo.

Até porque, essa atuação criativa não pode significar uma intromissão indevida do Poder Judiciário nas funções típicas dos demais Poderes, sobretudo, na vigência do Estado Democrático de Direito, sob pena de desnaturação da função jurisdicional e de grave comprometimento da segurança jurídica.

Com essas considerações iniciais, espera-se, finalmente, que esse estudo possa ser útil no sentido de encontrar subsídios para fomentar discussões acadêmicas e jurídicas sobre relevantes temas atuais de Direito Constitucional, especialmente tendo a Constituição como instrumento de limitação do exercício do poder e de garantia de direitos fundamentais da pessoa humana.

1. Ativismo do Judiciário

O ativismo judicial, oriundo da cultura jurídica norte americana, pressupõe uma postura proativa e progressista do magistrado, com certo desprendimento do conservadorismo, para criar normas específicas aplicáveis ao caso concreto. Reforça a ideia de ativismo judicial a edição de Súmula Vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, vinculando todos os juízes e demais tribunais, inclusive cabendo reclamação perante o próprio Supremo para fins de manter sua aplicação.

Tecnicamente, o ativismo judicial traduz-se na ideia de que o magistrado utiliza-se de argumentos políticos para proferir suas decisões, promovendo um ajuste nas relações entre a função política (exercida pelo Poder Executivo e pelo



Poder Legislativo) e a função judiciária (exercida pelo Poder Judiciário) para proteger principalmente as minorias, vez que as maiorias sempre tenderão a prevalecer, ainda que em detrimento de direitos individuais da minoria, a exemplo de pessoas acometidas de doenças cujos medicamentos não são fornecidos pelo Sistema Único de Saúde (SUS) e o indivíduo não possui recursos econômico-financeiros para custear o tratamento de sua doença.

Oportunamente convém apresentar o conceito de ativismo judicial adotado por Ramos (2010, p. 129), segundo o qual

[...] 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 interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).

O reconhecimento natural da supremacia e força normativa da Constituição impõe uma nova interpretação constitucional de suas próprias normas por serem naturalmente normas jurídicas. Adota-se nesta modalidade de interpretação jurídica os métodos (gramatical, histórico, sistemático e teleológico) e critérios (hierárquico, temporal e espacial) tradicionais, porém, acrescidos de princípios próprios aplicáveis à interpretação constitucional. Tais princípios são resumidos em: supremacia da Constituição, presunção de constitucionalidade das normas e atos normativos do Poder público, interpretação conforme a Constituição, unidade, razoabilidade e efetividade (BARROSO, 2011).

O desenvolvimento dessa nova interpretação se deu por duas razões: de um lado, a insuficiência do texto normativo abstrato em dar solução a todos os problemas fáticos-jurídicos numa sociedade pluralista e complexa como a brasileira, exigindo-se o socorro às normas constitucionais por serem mais abertas e de maior densidade axiológica em razão de seus próprios princípios e regras; de outro lado, por consequência lógica, tais circunstâncias exigem que o intérprete (juiz) faça parte do processo de criação do Direito, preenchendo as lacunas deixada pelo legislador ao dar a solução mais adequada ao caso concreto, dentre as soluções possíveis reveladas pelo ordenamento jurídico a partir da interpretação constitucional.

Deste modo, o papel do intérprete (juiz) não pode ser apenas o de exercer uma função de conhecimento técnico, ou seja: mera subsunção do fato (caso concreto) ao texto normativo. Ele precisa ir além e fazer a valoração de fatores objetivos e subjetivos a partir da realidade fático-social, para definir o sentido e alcance da norma aplicável ao caso², levando em consideração princípios tais como dignidade da pessoa humana, razoabilidade, solidariedade, eficiência e etc.

O ativismo judicial pressupõe atuação do juiz na criação do Direito aplicável ao caso concreto, cujas decisões potencializam o dever de fundamentação, recorrendo-se a uma norma constitucional ou legal, bem como à utilização de um

² Um exemplo real e amplamente divulgado pela imprensa, quando da morte da cantora Cássia Eller, foi a disputa pela posse e guarda do seu filho, a época com 5 anos, entre o avô materno e a companheira da cantora. Neste caso, tanto a Constituição quanto a legislação infraconstitucional fornecem ao juiz o critério do “melhor interesse do menor”, cuja solução depende da análise do caso concreto e sua adequada valoração (BARROSO, 2005, nota 34.).



fundamento jurídico generalizado aplicável aos casos semelhantes (universalidade) e ter consciência das consequências de suas decisões no mundo dos fatos (BARROSO, 2005b).

Porém, é preciso ter cuidado com o ativismo extremado, de maneira que a atuação criativa do magistrado deve ser no sentido de ampliar a sua atuação, mormente quanto à interpretação Constitucional e a efetivação dos direitos nela assegurados. Não basta a mera aplicação da lei sob o argumento de que fora elaborada por meio de um processo político-legislativo democrático, pois se esta lei for inconstitucional, principalmente quando restringir direitos fundamentais, o magistrado deve declarar tal inconstitucionalidade e afastar sua aplicação, mas sem deixar de criar soluções criativas e fundamentadas para resolver os conflitos que lhe são apresentados.

Isto porque, o ativismo judicial tem maior visibilidade na medida em que o juiz se revela como efetivo criador do direito, em especial quanto à garantia das liberdades democráticas e à possibilidade de o juiz conferir imediata e plena efetividade aos direitos sociais fundamentais por meio de uma interpretação constitucional criativa e concretizadora, ainda que pendente de uma legislação específica para o caso concreto.

Para Ross (2000, p. 182), “[...] o verdadeiro criador do Direito não é o legislador e sim o juiz ao interpretar e aplicar a norma ao caso concreto [...]”, mas adverte que esta criação judicial do Direito não é livre, na medida em que há limites materiais e formais esculpidos pela Constituição, além do que sua valoração envolve responsabilidade pessoal, moral e política, ao fazer escolha diversa da norma produzida pelo legislador, em abstrato.

Com a complexidade das relações nas sociedades modernas, somando-se a isso a multiplicidade das demandas judiciais e, conseqüentemente, o aumento das possibilidades de escolha e decisão, o Direito “não sobrevive, não se aperfeiçoa, não evolui nem se realiza sem o juiz” (CLÉVE, 1993, p. 304). Entretanto, este não pode agir arbitrariamente. Embora possua alta independência e criatividade, sua liberdade na criação do Direito não é absoluta, pois, em certa medida, fica vinculado a limites materiais e processuais impostos pelo ordenamento jurídico, assim como ocorre com o legislador, enquanto criadores do Direito. Em síntese: fica vinculado à Constituição, norma suprema dotada de força normativa.

Na perspectiva de ser co-criador do Direito, criando a norma do caso concreto a partir da norma criada abstratamente pelo legislador, o juiz acaba exercendo uma função política da qual resulta, na opinião de Campilongo (2002, p. 61), o seguinte paradoxo:

[...] o juiz deve, necessariamente, decidir e fundamentar sua decisão em conformidade com o direito vigente; mas deve, igualmente, interpretar, construir, formular novas regras, acomodar a legislação em face das influências do sistema político. Nesse sentido, sem romper com a clausura operativa do sistema (imparcialidade, legalismo e papel constitucional preciso) a magistratura e o sistema jurídico são cognitivamente abertos ao sistema político. Politização da magistratura, nesses precisos termos, é algo inevitável.



O surgimento do Estado Social, caracterizado pela exigência de uma atuação positiva do Estado para garantir prestações sociais por meio da efetivação dos direitos sociais consagrados na própria Constituição, exige mudanças nas clássicas funções do judiciário, passando a controlar e exigir do Estado o cumprimento dos preceitos constitucionais,

[...] um dever que, por prescrito legislativamente, cabe aos juízes fazer respeitar, de modo que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciais (CAPELLETTI, 1993, p. 41-42).

Isso faz com que, apesar da morosidade do judiciário, o ativismo judicial forneça soluções mais rápidas do que as providências legislativas para diversos conflitos de interesses.

Desse modo, faz-se necessário uma revisão da clássica separação dos Poderes, pois, no constitucionalismo contemporâneo não mais se fala em separação, mas sim em equilíbrio entre os Poderes, de maneira que pelo fato de ser exatamente no âmbito da justiça constitucional e da proteção judiciária dos direitos fundamentais sociais que a criatividade judiciária é particularmente elevada, o dogma da separação dos Poderes e o princípio democrático devem ser compreendidos num terreno onde radicam todas as dimensões ou gerações de direitos fundamentais (CUNHA JUNIOR, 2008).

Assim, não há mais que se falar em sistemas de freios e contrapesos, na medida em que os Poderes da República (entendidos como órgãos que exercem funções estatais, pois o Poder é uno e indivisível) encontram seus limites na própria Constituição em razão de sua supremacia e força normativa.

Por ser o judiciário um Poder contramajoritário que visa assegurar, sobretudo, a participação das minorias num sistema democrático, a legitimidade democrática da criação judicial do Direito reside na consistência das decisões judiciais que devem ser racionalmente fundamentadas e tornadas públicas para que não resultem de caprichos dos juízes, mas sim de seus esforços em si manterem fiéis ao sentimento de equidade e justiça da comunidade (CAPELLETTI, 1993).

Referida legitimidade é conferida pela própria Constituição (art. 93, IX) ao exigir que todos os julgamentos sejam públicos e as decisões proferidas por juízes e tribunais sejam fundamentadas, sob pena de nulidade (BRASIL, 1988). De outro lado, o Judiciário proporciona também a proteção de pessoas e grupos marginalizados pelos outros Poderes, por estarem privados de condições para obtê-la por meio do processo político. Sobre esse assunto registra Capelletti (1993, p. 100) que

[...] a história da sociedade e das instituições, efetivamente, aí está para demonstrar como não raramente certos grupos (raciais, religiosos, econômicos, etc.) encontra justamente nos tribunais o acesso a proteção, sem os quais teriam permanecido inteiramente, ou pelo menos por mais tempo, marginalizados da vida de determinado país.

Sustenta o referido autor que o respeito às regras fundamentais do processo judiciais constitui a melhor garantia da legitimidade democrática da função judiciária, na medida em que os juízes são chamados, pelas partes, a decidir sobre



casos envolvendo pessoas reais e situações-problemas concretas e atuais da vida, o que não ocorre com relação ao acesso aos outros Poderes.

Para Cunha Júnior (2008) é a ineficiência do Poder Judiciário em assegurar a efetividade dos direitos fundamentais que conduz a uma crise de sua legitimidade, na medida em que tais direitos o legitima a desenvolver e efetivar diretamente as normas constitucionais que os definem, independentemente de atuação legislativa, cabendo-lhe viabilizar a plena realização dos direitos fundamentais, principalmente no que diz respeito à viabilização das políticas públicas, ante a omissão institucional dos órgãos do Poder Público encarregados de sua implementação. Neste sentido, Ramos (2010, p. 110) afirma que

[...] não há, pois, necessariamente, um sentido negativo na expressão 'ativismo'. Ao contrário, invariavelmente o ativismo é elogiado por proporcionar a adaptação do direito diante de novas exigências sociais e de novas pautas axiológicas, em contraposição ao "passivismo", que, guiado pelo propósito de respeitar as opções do legislador ou dos precedentes passados, conduziria a estratificação dos padrões de conduta normativamente consagrados.

Em outro trecho desta mesma obra o autor apresenta julgados do Supremo Tribunal Federal em que se atribuiu eficácia plena à norma reconhecida, implicitamente, de eficácia limitada e de natureza programática, cuja efetiva implementação dependeria da execução, por parte de órgãos dos demais Poderes, de políticas públicas adequadas, cabendo ao judiciário o controle de seu cumprimento, vez que demandadas pela própria Constituição, inclusive com a possibilidade de prolação de decisões impositivas de medidas destinadas a assegurar a fruição do direito subjetivo proclamado. Ramos (2010, p. 264-265) acrescenta, ainda, que

[...] a omissão das providências legislativas e administrativas reclamadas ao Poder Público para a concretização de normas assecuratórias de direitos fundamentais sociais, de cunho prestacional, autorizaria ao Poder Judiciário a convolá-las em normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata, o que daria amparo a decisões condenatórias em face da entidade federativa omissa.

Tais julgados apresentados pelo autor referem-se a ações demandadas em face do Município de Santo André/SP, cuja pretensão fundamentava-se no artigo 208, inciso IV, da atual Constituição Federal, combinado com o disposto no artigo 54, inciso IV, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) referente ao dever do Poder Público de assegurar educação infantil, mediante atendimento, em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade. A seguir, trechos da referida decisão proferida no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 410.715-5/SP, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 22/11/2005. *In verbis*

RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO

Av. Marechal Castelo Branco, 333 - sala 410

Ed. Comercial São Francisco

São Francisco - São Luís/MA - Cep: 65.076-901

Fones: 98 8897 6095 / 98 9138 9648

Email: advocacia@ronaldomalheiro.adv.br



MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - RECURSO IMPROVIDO. Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativos e Executivos, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – mostra-se apta a comprometer a eficácia e integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estrutura constitucional. [...] Esse caráter de fundamentalidade, de que se acha impregnado o direito à educação, autoriza a adoção, pelo Judiciário, de provimentos jurisdicionais que viabilizem a concreção dessa prerrogativa constitucional, mediante utilização, até mesmo, quando for o caso, de medidas extraordinárias que destinem [...] a tornar efetivo [...] o atendimento dos direitos prestacionais que congregam os valores inerentes à dignidade da pessoa humana, como é o caso do direito à educação”. (BRASIL, 2005).

Portanto, o ativismo no Judiciário, ou seja, a criação judicial do Direito e/ou efetivação das normas constitucionais, no caso concreto previsto abstratamente pelo legislador, tem sua legitimidade democrática reforçada na ideia de justiça constitucional, sem a qual o Estado Democrático de Direito não pode funcionar por ser considerada como elemento necessário à própria definição de democracia (STRECK, 2002).

Vale dizer: o juiz agora também tem responsabilidade no sucesso político das finalidades impostas aos demais Poderes pelas exigências do Estado Democrático Social de Direito, não podendo ser “invisível” ou “nulo”, como mera “boca da lei”, que mecanicamente declara o direito preexistente utilizando-se do método lógico-dedutivo formal, isto é, mera subsunção mecânica da lei ao caso concreto, cujo fundamento está no apego excessivo ao formalismo.

Para tanto, a própria Constituição da República de 1988 assegura garantias essenciais para que o magistrado atue criativamente na solução dos conflitos que são submetidos a sua apreciação, dando-lhe ampla liberdade e independência, inclusive para o exercício do controle (difuso) de constitucionalidade.

2. Súmula Vinculante: função legislativa do Poder Judiciário

Como discorrido na seção anterior, reforça a ideia de ativismo judicial a edição de Súmula Vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, vinculando todos os juízes e demais tribunais, inclusive cabendo reclamação perante o próprio Supremo para fins de manter sua aplicação.

A Reforma do Judiciário, promovida pela Emenda Constitucional nº 45/2004, inseriu no texto constitucional, por meio do acréscimo do artigo 103-A, a possibilidade de edição de Súmula Vinculante pelo Supremo Tribunal Federal (STF), no qual se prevê que

[...] 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 a sua revisão ou cancelamento na forma estabelecida em lei (BRASIL, 2004).

Esse dispositivo constitucional foi regulamentado pela lei nº 11.417/06 (BRASIL, 2006), que lhe deu integração eficaz e estabeleceu pressupostos formais e materiais que condicionam a edição de súmula vinculante. Os pressupostos formais referem-se à atuação de ofício ou por provocação de entidades, órgãos e autoridades competentes, cujo rol de legitimados está previsto no artigo 3º da referida lei, e voto favorável de dois terços dos membros do tribunal. Já os pressupostos materiais referem-se à reiteração de decisões sobre matéria constitucional e existência de controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre estes e órgãos da Administração Pública.

Ressalte-se, que quanto à matéria constitucional cuja orientação será sumulada, deverá obrigatoriamente abranger a constitucionalidade e/ou validade de lei ou de ato normativo de qualquer dos entes da federação; a interpretação de dispositivo legal e/ou ato normativo em face da Constituição (interpretação conforme) ou de dispositivo da própria Constituição; a vigência de lei ou ato normativo diante da Constituição (compatibilidade do direito anterior à Constituição) ou a eficácia de dispositivo da Lei Fundamental.

Para Ramos (2010) a natureza jurídica da súmula vinculante é que ela é antes um ato de criação do que de aplicação do Direito. Apesar de o juiz não ter iniciativa de criação de normas, a competência do Supremo Tribunal Federal para editar súmula vinculante é, na verdade, uma atividade de criação de normas para o caso concreto ou até mesmo em abstrato, embora não resta dúvida de que a liberdade para conformação (criação) normativa mediante súmula vinculante é bem mais reduzida do que a reconhecida ao legislador.

Acrescenta, ainda, que o enunciado de uma súmula comporta dos aspectos. O primeiro deles é que, em essência, se trata de um enunciado propositivo-descritivo, expressando o fato de o Tribunal haver consolidado entendimento jurisprudencial sobre determinado assunto. E, quanto ao segundo, circunstancialmente, pode ter um sentido normativo geral, dirigido aos aplicadores do direito, encarregados da produção de normas individuais. E conclui afirmando que

[...] as súmulas vinculantes, além de estamparem a orientação prevalecente no âmbito do STF acerca de um determinado tema constitucional, consubstanciam comandos dirigidos aos órgãos administrativos e judiciários, para que interpretem determinada lei ou dispositivo legal (ou constitucional) ou adotem postura quanto à validade ou eficácia de determinada lei ou dispositivo legal de modo coerente com o entendimento sumulado (RAMOS, 2010, p. 296).

Mancuso (2007), discorrendo sobre a natureza normativa da súmula vinculante, reconhece que a súmula, quando potencializada com a nota da *obrigatoriedade*, pouco ou nada fica a dever, em termos de eficácia jurídica e social, à própria norma legal. Reforça seu entendimento acrescentando que não se trata de simples inovação de natureza técnico-processual,



[...] resultando em profunda alteração no desenho jurídico-institucional do país, com o precedente judiciário passando a ter um grau de eficácia semelhante ao da norma legal, operando como um paradigma obrigatório, geral, abstrato e impessoal, ou – passe o neologismo – uma sorte de *para-norma* (MANCUSO, 2007, p. 327-329, grifo no original).

Com o que não concorda Ramos (2010) por entender que as súmulas vinculantes não são ato legislativo, por atuarem em nível hierárquico inferior àquele em que se manifesta o exercício da função legislativa. Na verdade, elas são hierarquicamente superiores apenas aos regulamentos de execução, guardando com eles maior afinidade, na medida em que a Administração Pública a elas se submetem.

Dois são os objetivos principais das súmulas vinculantes, conforme se depreende da leitura do parágrafo primeiro do artigo 103-A, no qual se prevê a possibilidade de eliminação de grave insegurança jurídica decorrente das controvérsias entre órgãos judiciários ou entre estes e a Administração Pública, assim como a redução de sobrecarga de trabalho, sobretudo perante o próprio Supremo Tribunal Federal (STF) em razão da relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

Entretanto, quanto ao segundo objetivo, é possível que haja um aumento considerável de reclamações promovidas perante o Supremo, por duas razões: a primeira referente às decisões judiciais que entenderem não ser aplicável à espécie determinada súmula vinculante, a partir da persuasão racional do juiz demonstrada motivadamente; a segunda, embora os enunciados não vinculem o Poder Legislativo, este poderá editar leis contrárias às súmulas vinculantes que, uma vez aplicadas pela Administração Pública ou pelos demais órgãos judiciários, estarão sujeitas à reclamação.

Por essas razões não se pode negar os efeitos colaterais que o uso da súmula vinculante acarreta. Um deles é o enrijecimento exagerado da interpretação, sobretudo, em matéria constitucional, o que contraria à própria ideia de criação e adaptação do Direito à realidade social (FERREIRA FILHO, 2008). O segundo é que se estará convertendo o Supremo Tribunal Federal em elemento de impulsão do ativismo judicial, aproximando-se da atividade legislativa, embora compatível com o princípio da separação dos Poderes, vez que prevista constitucionalmente (RAMOS, 2010).

Por outro lado, considerando-se a natureza normativa (típica da função legislativa) da súmula vinculante, pouco importa se este ato de criação do Direito (para quem assim a considera) tenha sido emanado do Judiciário ou do Legislativo, desde que atenda às finalidades do Estado, precipuamente voltadas à promoção da plena realização do ser humano, com fundamentos na dignidade da pessoa humana.

3. Revisão da clássica Separação dos Poderes

Inicialmente cumpre ressaltar que a separação dos Poderes, como forma de limitação do poder no Estado Democrático de Direito, “consubstancia uma

Av. Marechal Castelo Branco, 333 - sala 410

Ed. Comercial São Francisco

São Francisco - São Luís/MA - Cep: 65.076-901

Fones: 98 8897 6095 / 98 9138 9648

Email: advocacia@ronaldomalheiro.adv.br



proposta de institucionalização do poder, que passa a ser exercido pelos órgãos indicados na Constituição e na forma por ela prescrita” (RAMOS, 2010, p. 111), transformando o Estado de Direito em Estado Constitucional, cuja separação dos Poderes é essencial, inclusive elevada à categoria de princípio constitucional (art. 2º, da CRFB/1988) (BRASIL, 1988). *In verbis*:

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

O núcleo deste princípio tornou-se conhecido com as revoluções liberais do século XVIII, especialmente a partir da obra de Montesquieu (2006), “*O espírito das leis*”, segundo o qual o exercício do Poder, para a consecução dos fins do Estado, deveria ser distribuído em três funções estatais (legislativa, executiva e judiciária) distribuídas a órgãos distintos, dotados de independência institucional, disso resultando um sistema de freios e contrapesos inibidor de abusos e altamente benéfico à liberdade individual. Acrescenta, ainda, que

[...] estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou de nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares. É uma experiência eterna que todo homem que tem poder é levado a abusar dele, salvo se, pela disposição das coisas, o poder freie o próprio poder (2006, p. 166 e 164).

Portanto, trata-se de atribuir funções a estruturas orgânicas independentes entre si, mas integrante de um único Poder, dotadas de prerrogativas institucionais e garantias funcionais para seus titulares, numa espécie de especialização das funções estatais, de maneira que nenhuma exerça atividade estranha ao aparato orgânico a que se vincula (CANOTILHO, 2003), embora possa haver compartilhamento de funções, ou seja, o exercício de função atípica (secundária) por cada um dos órgãos do Poder.

Deste modo, há exercício de função atípica, por exemplo, quando o Legislativo julga seus membros (função judiciária), o Executivo edita atos normativos (função legislativa) ou quando o Judiciário executa seu próprio orçamento (função administrativa). Outro exemplo de compartilhamento de funções é o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, que pode ser exercido por qualquer um dos órgãos do Poder, direta ou indiretamente (mediante provocação).

Percebe-se que o objetivo da divisão das funções estatais é a limitação do poder do Estado no interesse da liberdade dos indivíduos, direito fundamental de primeira geração (ou dimensão) consagrado na época da Revolução Francesa.

Com o desenvolvimento da sociedade e, conseqüentemente, o surgimento de novas gerações (ou dimensões) de direitos fundamentais, essa divisão tornou-se cada vez mais necessária, não mais em razão da simples limitação do poder estatal no interesse da liberdade individual, mas sim para promover a plena realização das pessoas, sobretudo dando efetividade aos direitos sociais (fundamentais) mediante a implementação, por exemplo, de políticas públicas.

Nesse sentido, a própria Constituição Federal de 1988 estabeleceu em seu artigo 1º, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, a cidadania e a dignidade da pessoa humana, acrescentando no parágrafo único que



todo o poder emana do povo, e, em seguida, no artigo 2º, consagrou o princípio da separação dos Poderes. Isso demonstra que o Estado existe em razão das pessoas (sujeitos de direitos anteriores e superiores a toda organização estatal), devendo promover-lhes a plena realização pessoal, e não apenas a pacificação social, função típica do Poder Judiciário (GRINOVER *et al.*, 2007).³

A separação dos Poderes deve ser elevada à categoria de princípio constitucional, obtendo-se da Constituição “sua forma histórica atual e contornos claros” (HESSE, 1998, p. 368). Nesse sentido, o próprio Supremo Tribunal Federal já reconheceu que o princípio da separação dos Poderes é garantido pela aquela Suprema Corte em conformidade com o direito constitucional brasileiro:

SEPARAÇÃO E INDEPENDÊNCIA DOS PODERES: CRITÉRIO DE IDENTIFICAÇÃO DO MODELO POSITIVO BRASILEIRO. O princípio da separação e independência dos Poderes não possui uma fórmula universal apriorística e completa: por isso, quando erigido, no ordenamento brasileiro, em dogma constitucional de observância compulsória pelos Estados-membros, o que a estes se há de impor como padrão não são concepções abstratas ou experiências concretas de outros países, mas sim o modelo brasileiro vigente de separação e independência dos Poderes, como concebido e desenvolvido na Constituição da República (BRASIL, 1997).

Quanto à distribuição das funções estatais para o melhor cumprimento das finalidades do Estado, Ramos (2010, p. 114) entende que

[...] se em um Estado que se ocupe, primordialmente, da contenção do poder a rígida distribuição de funções, com hipóteses restritas de interpenetração de competências, se afigura satisfatória, no contexto de um Estado que combine a proteção da liberdade com a construção da igualdade, o rateio funcional há que assumir contornos profundamente diversos, compatíveis com a necessária eficiência na atuação estatal, admitindo-se, sem pudores, o compartilhamento de atividades e o exercício de múltiplas funções por um mesmo órgão.

Ramos (2010) acrescenta, ainda, que o princípio da separação dos Poderes envolve, destarte, uma articulação entre os órgãos e as funções do Estado. Quanto à articulação entre os órgãos, estar-se diante da separação entre as estruturas orgânicas que exercem o poder estatal, em razão do critério funcional, não havendo, portanto, quebra da unidade do poder do Estado.

Já em relação à articulação entre as funções, significa que os atos de manifestação de vontade do Estado podem ser visto sob o prisma *formal* e *material*. Sob o aspecto formal leva-se em conta a qualidade do órgão competente para produzir o ato ou a forma pela qual o ato é revestido, ao passo que quanto ao

³ “[...] compreende-se que o Estado moderno exerce o seu papel para a solução de conflitos interindividuais. O poder estatal, hoje, abrange a capacidade de dirimir os conflitos que envolvem as pessoas (inclusive o próprio Estado), decidindo sobre as pretensões apresentadas e impondo as decisões [...]. O que distingue a jurisdição das demais funções do Estado (legislação, administração) é precisamente, em primeiro plano, a finalidade pacificadora com o que o Estado a exerce” (GRINOVER *et al.*, 2007, 30).



aspecto material, tem-se em consideração o conteúdo do ato, sendo irrelevante o órgão que o produziu ou a forma que o reveste.

Verifica-se que, atualmente, o critério utilizado para a divisão das funções estatais é o material. Portanto, pouco importa se o Direito (aplicado ao caso concreto) tenha sido emanado do Judiciário ou do Legislativo, desde que atenda às finalidades do Estado, precipuamente voltadas à promoção da plena realização do ser humano, com fundamentos na dignidade da pessoa humana.

Tendo em vista que a Constituição consagrou o postulado do Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, CF/88), bem como, o princípio da separação dos Poderes (art. 2º, CF/88), exige-se a identificação da função estatal associada a cada um deles, sob o aspecto material. Entretanto,

[...] tal função típica admite, em alguma medida e nos termos expressamente prescritos pela Constituição, o compartilhamento interorgânico, mas sempre haverá um *núcleo essencial* da função que não é passível de ser exercida senão pelo Poder competente. De outra parte, como as atividades estatais se articulam entre si, o exercício de função que sempre parte de suas características materiais intrínsecas acabará, inevitavelmente, resultando em interferência indevida na esfera de competência do outro Poder [...] (RAMOS, 2010, p. 116).

Neste mesmo sentido é o ensinamento de Canotilho (2003, p. 559) ao afirmar que

Do facto de a CRP consagrar uma estrutura orgânica funcionalmente adequada é legítimo deduzir que os órgãos especialmente qualificados para o exercício de certas funções não podem praticar actos que materialmente se aproximam ou são mesmo característicos de outras funções e da competência de outros órgãos (...). Embora se defenda a inexistência de uma separação absoluta de funções, dizendo-se simplesmente que a *uma função corresponde um titular principal*, sempre se coloca o problema de se saber se haverá um *núcleo essencial* caracterizador do princípio da separação e absolutamente protegido pela Constituição. Em geral, afirma-se que a nenhum órgão podem ser atribuídas funções das quais resulte o esvaziamento das funções materiais especialmente atribuídas a outro.

A partir destes ensinamentos surge a preocupação com a possibilidade de o ativismo judicial (visto em seções anteriores) vir a ultrapassar as linhas demarcatórias da função judiciária (ou jurisdicional) em detrimento, sobretudo, da função legislativa, ou até mesmo da função administrativa (ou executiva), razão pela qual, na vigência do Estado Democrático de Direito, é preciso que haja certos limites à criatividade judicial.

Essa preocupação é com a possibilidade de descaracterização da função típica do Judiciário ao intervir indevidamente em funções constitucionalmente atribuídas a outro Poder. Contudo, retomando-se a ideia de que cada função estatal é exercida por um aparato orgânico estruturado segundo a sua conformação material (substancial), na eventual alegação de suposto desvio de função, neste caso, judiciária, em violação ao princípio da separação dos Poderes, deve-se tão-somente verificar a ocorrência de descaracterização substancial da atividade exercida.



Considerando que a presente discussão busca saber em que medida a atividade jurisdicional interferiria na clássica separação dos Poderes, enquanto criadora do Direito, faz-se necessário entender que tradicionalmente, em sentido material, “as leis seriam normas gerais, abstratas e inovadoras da ordem jurídica, ao passo que as decisões judiciais seriam mero ato de aplicação dessas normas” (RAMOS, 2010, p. 118). Resta saber se esse entendimento ainda persiste após Kelsen (2000) ter formulado a sua *Teoria pura do Direito*, segundo a qual, discorrendo sobre a dinâmica dos sistemas jurídicos, afirma:

[...] A aplicação do Direito é simultaneamente produção do Direito (...). É errado distinguir entre atos de criação e atos de aplicação do direito. Com efeito, se deixarmos de lado os casos-limite – a pressuposição da norma fundamental e a execução do ato coercitivo – entre os quais se desenvolve o processo jurídico, todo ato jurídico é simultaneamente aplicação de uma norma superior e produção, regulada por esta norma, de uma norma inferior (KELSEN, 2000, p. 118).

Ressalte-se que a norma inferior a que Kelsen se refere é a norma do caso concreto decidido pelo juiz, ou seja, a norma de decisão. Portanto, o desenvolvimento da hermenêutica propiciou que as decisões judiciais passassem a ser, necessariamente, mais criativas e inovadoras, principalmente pelo fato de a norma de decisão não se limitar a “reproduzir o que está nos textos paramétricos, os quais são desdobrados, adaptados e, porque não dizer, enriquecidos para poder disciplinar adequadamente a situação fática que provocou a atuação da jurisdição” (RAMOS, 2010, p. 119). No entanto, é inegável que a liberdade de criação do Direito pelo Judiciário é significativamente inferior àquela reservada ao Legislativo.

Portanto, além da necessidade, aqui demonstrada, de revisão da clássica separação dos Poderes do Estado, formulada por Montesquieu, a atuação criativa ou ativismo judicial não significa uma intromissão do Poder Judiciário nas funções típicas dos demais Poderes, na medida em que atua a partir do caso concreto, com destinatário determinado ou determinável.

Porem, na vigência do Estado Democrático de Direito, repita-se, é preciso que haja certos limites à criatividade judicial, sob pena de desnaturação da função jurisdicional e de grave comprometimento da segurança jurídica (o que a contrário senso busca-se evitar), uma vez que poderá haver, de um lado, a falta de previsibilidade legal e, de outro, a existência de duas normas, sendo uma do caso concreto (precedentes jurisprudenciais) e outra geral e abstrata (ato do Legislativo ou do Executivo).

Considerações finais

Já no início do presente Artigo buscou-se conceituar tecnicamente o que seria ativismo judicial, verificando-se que, oriundo da cultura jurídica norte-americana, traduz-se na ideia de atuação proativa e progressista do magistrado para criar normas específicas aplicáveis ao caso concreto submetido a sua apreciação, especialmente para proteger os direitos das minorias, vez que as majorias sempre tenderão a prevalecer, ainda que em detrimento de direitos individuais da minoria.



Trata-se de um verdadeiro ajuste nas relações entre a função política (exercida pelo Poder Executivo e pelo Poder Legislativo) e a função judiciária (exercida pelo Poder Judiciário) tendo como fundamento a supremacia e força normativa da Constituição que impõe uma nova interpretação constitucional de suas próprias normas por serem naturalmente normas jurídicas.

Fez-se necessário esclarecer que a legitimidade democrática da criação judicial do Direito reside na consistência das decisões judiciais que devem ser racionalmente fundamentadas e tornadas públicas para que não resultem de caprichos dos juízes, mas sim de seus esforços em se manterem fiéis ao sentimento de equidade e justiça que a sociedade naturalmente deles espera, exigindo-se que o juiz passe a ter responsabilidade no sucesso político das finalidades impostas aos demais Poderes pelas exigências do Estado Democrático Social de Direito. Essa atuação criativa do Poder Judiciário, como co-criador do Direito, não significa uma intromissão nas funções dos demais Poderes do Estado, visto que atua a partir do caso concreto, com destinatário determinado ou determinável, cujos juízes são chamados, pelas partes, a decidir sobre casos envolvendo pessoas reais e situações-problemas concretas e atuais da vida, o que não ocorre com relação ao acesso aos outros Poderes.

Constatou-se que referida legitimidade é conferida pela própria Constituição (art. 93, IX) ao exigir que todos os julgamentos sejam públicos e as decisões proferidas por juízes e tribunais sejam fundamentadas, sob pena de nulidade. Por outro lado, o Judiciário proporciona também a proteção de pessoas e grupos marginalizados pelos outros Poderes, por estarem privados de condições para obtê-la por meio do processo político, cuja atuação é sempre a partir do caso concreto previsto abstratamente pelo legislador, numa busca constante de adaptação à realidade social, sempre visando realizar os fins do Estado, quais sejam: promover a plena realização da pessoa humana.

Uma questão sempre preocupante é o risco de hipertrofia do Poder Judiciário face à possibilidade de excessos na atividade jurisdicional, sob o pretexto de assegurar a implementação de direitos individuais e sociais fundamentais. Por isso, procurou-se demonstrar, desde logo, a legitimidade da atuação criativa do Judiciário sem que isso implique, necessariamente, em interferência de um Poder (Judiciário) nas funções típicas dos demais Poderes (Legislativo e Executivo), na medida em que todos atuam visando realizar os fins do Estado, que é promover a plena realização da pessoa humana.

Isso demonstra a necessidade de revisão da clássica separação dos Poderes do Estado, porém, na vigência do Estado Democrático de Direito é preciso que haja certos limites à criatividade judicial, sob pena de desnaturação da função jurisdicional e de grave comprometimento da segurança jurídica, uma vez que poderá haver intromissão indevida em funções constitucionalmente atribuídas a outro Poder, caso haja excessos, por exemplo, na edição de Súmulas Vinculantes.

Ao concluir este Artigo tem-se o sentimento de ter buscado realizar uma pesquisa que possa ser útil para fomentar discussões acadêmicas e jurídicas sobre relevantes temas atuais de Direito Constitucional, especialmente tendo a Constituição como instrumento de limitação do exercício do poder e de garantia de direitos fundamentais da pessoa humana.



REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil**, ano 23, n. 82, 4. trim., 2005b.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. Criança de até seis anos de idade. Atendimento em creche e em pré-escola. Educação infantil. Direito assegurado pelo próprio texto constitucional (CF, ART. 208, IV). Compreensão global do direito constitucional à educação. Dever jurídico cuja execução se impõe ao poder público, notadamente ao município (CF, ART. 211, § 2º). Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 410.715-5/SP. Relator: Min. Celso De Mello, Brasília, DF, 22 nov. 2005.

_____. Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Brasília, DF, 2004. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil.../emendas/.../emc45.htm>. Acesso em: 20 maio 2013.

_____. Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei no 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. Brasília, DF, 2006. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004.../lei/11417.htm>. Acesso em: 20 maio 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Separação e independência dos poderes: critério de identificação do modelo positivo brasileiro. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 98-5/MT, Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 07 de agosto de 1997.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CAPELLETTI, Mauro. **Juizes legisladores**. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris Editor, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.



CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Poder Judiciário: autonomia e justiça.** In: Revista de Informação Legislativa. Brasília, nº 117, 1º trimestre, 1993.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Interpretação constitucional e a criação judicial do Direito: contributo para a construção de uma doutrina da efetividade dos Direitos Fundamentais. In: **Revista Baiana de Direito.** Salvador, nº 01, 1º semestre, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional.** 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Teoria geral do processo.** 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federativa da Alemanha.** 20. ed. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MALHEIRO, Ronaldo Soares. **Abstrativização do Controle Difuso: implicações práticas.** 2011. 60f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Centro Universitário do Maranhão, São Luis, 2011.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante.** 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MONTESQUIEU, Barão de. **O espírito das leis.** Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2006.

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

ROSS, Alf. **Direito e Justiça.** São Paulo: EDIPRO, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

