



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

IVAN ANTÔNIO DE REZENDE JÚNIOR

**ANÁLISE DA ADI 5526: ATIVISMO JUDICIAL E INTEGRAÇÃO
DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.**

Brasília

2018

IVAN ANTÔNIO DE REZENDE JÚNIOR

**ANÁLISE DA ADI 5526: ATIVISMO JUDICIAL E INTEGRAÇÃO
DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.**

Projeto de pesquisa apresentado como requisito para
aprovação na disciplina Monografia 3 do curso de
graduação em Direito do Uniceub.

Orientadora: Profa. Anna Luiza de Castro Gianasi.

Brasília

2018

IVAN ANTÔNIO DE REZENDE JÚNIOR

**ANÁLISE DA ADI 5526: ATIVISMO JUDICIAL E INTEGRAÇÃO DA
CONSTITUIÇÃO FEDERAL.**

Projeto de pesquisa apresentado como requisito para
aprovação na disciplina monografia 3 do curso de
graduação em Direito do Uniceub.

Orientadora: Profa. Anna Luiza de Castro Gianasi.

Brasília, de de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Anna Luiza de Castro Gianasi

Prof.(a) Examinador(a)

RESUMO

O intuito deste trabalho é analisar se a decisão tomada pelo STF no âmbito da ADI 5526 configurou ativismo judicial ao conferir interpretação conforme à Constituição aos artigos 312 e 319 do CPP e estabelecer a necessidade de remessa dos autos à casa legislativa do parlamentar sempre que a medida cautelar implicar em afastamento do mandato. Ressalta-se que a STF afastou a aplicação de prisão preventiva aos parlamentares, ponto que não será objeto deste trabalho. A análise partirá dos fundamentos expostos pelos ministros nos votos da ADI 5526. O ponto central objeto de estudo é saber se a tentativa de integrar e efetivar a Constituição pelo STF importou em ativismo judicial e significou inobservância dos limites da separação dos poderes. Teria o STF atuado ativamente ao decidir no sentido da necessidade de pronunciamento da casa legislativa quanto à suspensão do mandato parlamentar? Caso a resposta seja negativa, como se classificaria a técnica utilizada pelos ministros? Essa foi a decisão correta sob a égide da concretização dos preceitos constitucionais? Será utilizada a metodologia científica exploratória do estudo de caso em procedimento de pesquisa instrumental, com base nos votos exarados pelos Ministros e o conteúdo doutrinário produzido sobre a matéria. Inicialmente, serão apresentadas considerações sobre a separação dos poderes e o ativismo judicial, suas justificativas e preceitos atuais. Em um segundo momento, serão apresentados os votos dos ministros nos pontos de interesse do trabalho. E, por fim, serão analisadas as premissas e justificativas adotadas pelos ministros em consonância com o conteúdo doutrinário e legal apontado, buscando averiguar se o posicionamento do STF na ação foi ativista ou não, serão tecidas algumas considerações sobre a posição contrária da tomada pelos ministros, no sentido da desnecessidade de remessa dos autos à respectiva casa legislativa em proteção à concretização das previsões constitucionais, em especial do princípio republicano, elidindo a impunidade dos parlamentares em defesa do próprio Poder Legislativo.

Palavras chave: Separação dos poderes. Ativismo judicial. Integração da Constituição. ADI 5526.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to analyze whether the decision taken by the Supreme Court under ADI 5526 established judicial activism by conferring interpretation according to the Constitution to articles 312 and 319 of the CPP and establish the need to refer the case to the legislative house of the legislature whenever the measure precautionary measures. It is noteworthy that the Supreme Court dismissed the application of pre-trial detention to parliamentarians, a point that will not be the object of this work. The analysis will be based on the grounds put forward by the ministers in ADI 5526 votes. The central point of study is whether the attempt to integrate and effect the Constitution by the STF imported into judicial activism and meant nonobservance of the limits of the separation of powers. Had the STF acted actively in deciding the need for a ruling by the legislature on the suspension of the parliamentary mandate? If the answer is no, how would you rate the technique used by ministers? Was this the correct decision under the aegis of the realization of constitutional precepts? The exploratory scientific methodology of the case study in instrumental research procedure will be used, based on the votes cast by the Ministers and the doctrinal content produced on the matter. Initially, considerations will be presented on the separation of powers and judicial activism, its current justifications and precepts. In a second moment, the votes of the ministers will be presented in the points of interest of the work. Finally, the assumptions and justifications adopted by the ministers in line with the legal and legal content will be analyzed, seeking to ascertain whether the position of the STF in the action was activist or not, some considerations will be woven on the contrary position taken by the ministers, in the sense of the need not to refer the case to the respective legislative house in order to protect the implementation of the constitutional provisions, in particular the republican principle, by eliminating the impunity of parliamentarians in defense of the Legislative Branch itself.

Key words: Separation of powers. Judicial activism. Integration of the constitution. ADI 5526.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
1 O ATIVISMO JUDICIAL E A INTEGRAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO.....	13
2 VOTOS DOS MINISTROS NA ADI 5526.....	27
2.1 Contextualização.....	27
2.2 Voto do Ministro Edson Fachin	30
2.3 Voto da Ministra Carmem Lúcia	31
2.4 Voto do Ministro Alexandre de Moraes.....	32
2.5 Voto do Ministro Celso de Melo.....	33
2.6 Voto do Ministro Dias Toffoli.....	34
2.7 Voto do Ministro Luís Roberto Barroso.....	35
2.8 Voto da Ministra Rosa Weber	36
2.9 Voto do Ministro Luiz Fux.....	36
2.10 Voto do Ministro Gilmar Mendes.....	36
2.11 Voto do Ministro Ricardo Lewandowski.....	37
2.12 Voto do Ministro Marco Aurélio.....	37
3 ANÁLISE DOS FUNDAMENTOS DOS VOTOS.....	38
CONCLUSÃO.....	49
REFERÊNCIAS.....	51

INTRODUÇÃO

O trabalho analisará os fundamentos adotados pelos ministros nos votos proferidos no âmbito da ADI 5526. A análise partirá das seguintes premissas: a decisão do STF de remeter os autos à casa legislativa do parlamentar, caso haja decisão de medida cautelar que o afaste do exercício do mandato, configura ativismo judicial? Se não, como se classificaria a posição adotada? Decisão em sentido diverso, considerando desnecessária a remessa dos autos, seria a posição a mais acertada?

Esses serão os questionamentos abordados ao longo do trabalho.

No primeiro capítulo, será apresentado um breve relatório da ADI 5526, com a exposição de alguns dos principais fundamentos utilizados pelos ministros em seus votos, nos pontos que interessam a esta discussão.

O segundo capítulo, por sua vez, apresentará considerações sobre a separação dos poderes no contexto atual e seus novos contornos a partir do advento da Constituição Federal de 1988. Serão abordados os conceitos do ativismo judicial, assim como suas críticas, a fim de delimitar a abordagem que será apresentada, respaldando o movimento do ativismo judicial na própria integração do texto constitucional.

Por fim, no terceiro capítulo, será feita a análise crítica dos fundamentos sustentados pelos ministros, em especial quanto à linha interpretativa adotada e às teses jurídicas extraídas do texto constitucional, especificamente em relação ao ativismo judicial e à importância da conduta proativa do Poder Judiciário na integração das lacunas constitucionais.

A constante evolução dos anseios sociais, com o surgimento de novos questionamentos judiciais, permite a constatação das lacunas constitucionais, dado que uma constituição formal tem caráter histórico e não é capaz de abarcar expressamente todas as situações jurídicas objeto de questionamento constitucional futuro, em razão da evolução dinâmica das questões políticas, sociais e econômicas.

Como ressaltado por Konrad Hesse (2009, p. 125) “entre a norma fundamentalmente estática e racional e a realidade fluida e irracional, existe uma tensão necessária e imanente que não se deixa eliminar.”

No caso em discussão, a lacuna evidencia-se da dicção do artigo 53, § 2º, da CF, que previu a necessidade de remessa dos autos à respectiva casa do parlamentar para

resolução da decisão judicial quanto à sua prisão em flagrante, em 24 horas, apenas em caso de prisão em flagrante, não prevendo tal procedimento para as demais modalidades de prisão, como a cautelar ou mesmo para a prisão preventiva.

E esse foi justamente o objeto de análise no âmbito da ADI 5526, que teve como ponto central de debate o suprimento desta lacuna constitucional, se posicionando a maioria dos ministros no sentido de aplicação do procedimento de envio dos autos à casa do parlamentar para manifestação quanto à suspensão do mandato também nos casos de prisão cautelar e aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, em aplicação de interpretação extensiva.

Ficaram vencidos os ministros que visavam restringir a aplicação do procedimento de remessa em defesa do princípio republicano.

É necessário salientar que a ADI analisou outros pontos objeto de questionamento, como a possibilidade de aplicação das medidas cautelares aos membros do legislativo quando impliquem o afastamento do parlamentar do exercício do mandato e a ampliação das imunidades parlamentares, nenhum dos pontos, todavia, será objeto de investigação deste trabalho.

De igual modo quanto à aplicação da prisão preventiva, prevista no art. 312 do CPP, pois os ministros julgaram inaplicável a prisão preventiva aos parlamentares, não havendo o que se bater, portanto, quanto à necessidade de remessa dos autos à respectiva casa do parlamentar sob tal aspecto.

Desse modo, o presente estudo busca averiguar se o posicionamento dos ministros está em consonância com os preceitos constitucionais, principalmente se teria concretizado a rede de princípios e direitos garantidos em seu texto, como o direito a uma administração pública proba, defendendo a conduta ativista do Poder Judiciário a fim de assegurar a real eficácia constitucional.

Dentro da teoria da separação dos poderes, ao Poder Judiciário cumpre precipuamente a resolução de casos que envolvem normas que podem estar em conflito, criadas pelo Poder Legislativo e regularmente aplicadas pelo Poder Executivo, se manifestando tecnicamente sobre os problemas concretos que lhe são apresentados, como demonstra Geraldo Ataliba (1998, p. 50-51):

Toda norma geral pode dar lugar a discussões, a incertezas, na sua aplicação aos casos concretos; pode-se sempre questionar se os atos concretos (das pessoas privadas ou do Estado) estão conforme às regras impessoais e abstratas. Por variadas razões –

desde a má-fé ao erro ou ignorância – podem ocorrer na aplicação do Direito dissídios, contendas, litígios entre as pessoas, ou entre os órgãos do Estado e elas; daí outra atividade do Estado destinada a resolver as controvérsias que surgem no tocante à aplicação das normas gerais, e que se denomina atividade jurisdicional. A teoria da divisão do poder acrescenta que também para esta atividade hão de ser instituídos órgãos distintos, seja dos legislativos, seja dos administrativos. Assim, em última análise, para a teoria da divisão do poder há três grupos distintos de órgãos: os que editam somente normas gerais, os que apenas tomam medidas concretas nos limites traçados pelos primeiros e os que, no caso da controvérsia, decidem da conformidade ou não de cada ato particular em relação às normas gerais, sejam os atos praticados por indivíduos ou por autoridades públicas.

Assim, as atribuições da função judicial concentram-se “em entender o conteúdo da norma através do exame lógico das palavras ou dos comportamentos” (CARBONE, p. 32), buscando extrair do texto constitucional a norma jurídica que melhor discipline o caso em análise.

Todavia, o julgador muitas vezes esbarra na falta de disposição expressa do legislador quanto à matéria objeto de debate, o que exige a efetiva resposta judicial integrativa para o caso concreto, tendo em vista a inafastabilidade de jurisdição prevista no art. 5º, XXXV, da CF.

A atuação jurisdicional, dessa forma, encontra dois caminhos possíveis: a integração do texto constitucional via interpretação analógica ou a integração do texto constitucional com a criação de direito não previsto na norma, mas com base nos próprios preceitos constitucionais, ultrapassando os limites da separação dos poderes, como explica Paulo Bonavides (2014, p. 453):

A verdadeira interpretação para alguns é no entanto aquela que se contém nos limites da lei (*secundum legem*). Quando passa, porém da lei e invoca institutos afins, já não seria em rigor interpretação senão analógica (*praeter legem*). Se, enfim, conclui em sentido contrário à lei, é criação jurídica, com o interprete se arvoando tacitamente em substituto do legislador ao desempenhar, como usurpador, funções de manifesto teor legislativo, que lhe não foram cometidas.

Assim, optando o julgador por adotar o segundo posicionamento, de suprimento da lacuna com criação do direito, restaria configurada “uma invasão judiciária de territórios que deveriam ser ocupados pelo Legislativo e pelo Executivo.” (COSTA, 2013, p. 10), no mesmo sentido Alexandre Araújo Costa (2013, p.11) afirma:

Torna-se cada vez mais comum a percepção de que o Judiciário tem ultrapassado as fronteiras de sua autoridade constitucional, porque, em vez de ser um mero intérprete, ele tem elaborado normas sob o pretexto de aplicá-las.

Nestes termos, a atuação proativa do Poder Judiciário, além dos limites impostos pela separação dos poderes, fez nascer o uso da denominação ativismo judicial, que tem por conceito:

O exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). (RAMOS, 2012, p. 130)

Em decorrência deste paradigma de quebra dos limites constitucionais do poder, surgem críticas diversas relacionadas à “violação à separação dos poderes, à ilegitimidade dos magistrados e à teoria da reserva do possível.” (VIEIRA, 2017, p. 99)

A atuação do Poder Judiciário se afasta da simples interpretação do direito posto e passa a fazer parte do processo de própria criação do direito, servindo a conduta ativista como instrumento de concretização da própria Constituição, como lembra Alexandre Araújo Costa (2013, p. 12):

Embora seja forçoso admitir que o Judiciário não se limita a uma atuação meramente reveladora de sentidos implícitos nos textos, tal reconhecimento não permite concluir que o ativismo judicial representa uma distorção contemporânea da atividade judicial, nem que as decisões ativistas “representam grave violação ao regime democrático e aos princípios constitucionais e aos princípios constitucionais da soberania popular e da separação de poderes”.

Não existe novidade alguma na defesa de que não se pode exigir dos magistrados uma postura politicamente neutra, porque o Judiciário é uma instituição cuja função é realizar uma atividade política de importância fundamental: a aplicação do Direito, que não é uma função científica, muito embora o discurso judicial faça um grande esforço para se qualificar como tal.

Há que se ressaltar que o julgador possui um certo grau de liberdade na atividade de interpretação, criando obrigações às partes extraídas legitimamente do texto constitucional. Nesse sentido, Hans Kelsen aponta que o Poder Judiciário é também um criador de direito, mesmo que em outra medida:

Os comentários científicos em que deve apoiar-se a atividade de execução da lei têm caráter absolutamente jurídico-políticos, são

propostas para igualar a feitura das leis e são experiências para influenciar a função da criação jurídica dos tribunais [...]

[...]

A ligação dos legisladores com o aspecto material é muito menor que a do juiz, já que aquele é relativamente bem mais livre que este na criação do direito. Mas este também é um criador do direito e também é relativamente livre nesta função. (2013, p. 153-154)

Todavia, é necessário ressaltar que não se debate a medida de liberdade natural à atividade jurisdicional, pois o objeto de pesquisa volta-se para a criação jurisdicional que ultrapassa a competência do Poder Judiciário em prejuízo do Poder Legislativo, integrando as lacunas constitucionais ao revelar normas jurídicas extraídas do texto constitucional que não eram explícitas, resultando na criação do direito, usualmente com o auxílio de princípios, em manifesto ativismo judicial.

Dessa forma, a atividade interpretativa do julgador não dependerá apenas do quanto autorizado expressamente na CF, em especial nos casos de omissão na matéria, e levará em conta outros elementos que influem na efetividade da prestação jurisdicional, pois “a mudança da linguagem e da aplicação das normas constitucionais não são oriundas de atos arbitrários dos juízes e governantes, mas, sim, reflexos da adequação de suas atividades às mudanças sociais, políticas e econômicas.” (PETER, 2015, p. 66).

Com o advento da CF/1988 o país iniciou uma nova fase de proteção do indivíduo, inaugurando uma nova realidade constitucional, posterior à queda do regime autoritário. O processo de redemocratização brasileiro revelou a necessidade de que as disposições constitucionais detivessem o mínimo de aplicabilidade prática, exigindo do Poder Judiciário, na inércia legislativa, a concretização das disposições previstas na Constituição.

Neste contexto, os clássicos métodos de interpretação das normas, na integração do texto constitucional, “exerceram influxo inovador mínimo com respeito ao alargamento material da Constituição, por se prenderem de preferência aos esquadros fechados da norma jurídica” (BONAVIDES, 2014, p. 477).

Mais como resolver esse problema? Como permitir a concreta garantia e efetivação do quanto previsto no texto constitucional sem a necessidade de aguardar a atividade do legislador criando a hipótese omissa? Para Gomes Canotilho (1999, p. 19), a solução parece evidente, pois a integração do texto constitucional deve ser resolvida com base na própria Constituição “seja mediante recurso à analogia, seja por apelo aos princípios gerais”.

Dessa forma, as disposições do texto constitucional não podem ser tratadas como meras proclamações, esvaziadas de efeitos práticos, pois servem para a própria legitimação da ordem constitucional e o meio para se concretizar os direitos garantidos constitucionalmente seria “olhar noutra direcção: a dos *princípios, bens e valores* informadores e conformadores da juridicidade estatal.” (CANOTILHO, 1999, p. 20).

Este redirecionamento, com a utilização de instrumentos interpretativos aptos a revelarem sentido que a Constituição não revelou expressamente, criando direitos e obrigações, dá ensejo ao movimento jurisdicional proativo: ativismo judicial.

Nesse contexto, o principal ponto levantado pelos defensores do ativismo judicial é o de que o movimento é instrumento na concretização dos direitos previstos na Constituição Federal, tratando-se de uma forma de efetivar a justiça:

[...] a assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional” (MENDES, 2010).

Em contraponto, a principal crítica que surge ao movimento parte precipuamente da ausência de legitimidade do Poder Judiciário na criação do direito em face da falta de representatividade popular para tanto:

a crítica se funda na alegação de que o Poder Judiciário não possui legitimidade democrática para, em suas decisões, insurgir-se contra os atos instituídos pelos poderes eleitos pelo povo. Assim, o Poder Judiciário, com seus membros não eleitos, não poderia demudar ou arrear leis elaboradas por representantes escolhidos pela vontade popular. Este poder não teria legitimidade para isso. É o que se chama de desafio contramajoritário, interferindo diretamente no poder regulatório e ferindo o princípio da separação dos poderes. Ou seja, onde estaria, a sua legitimidade para proscrever decisões daqueles que desempenham mandato popular, que foram escolhidos pelo povo? (CARMONA, 2015)

Todavia, a legitimidade jurisdicional decorre da própria Constituição e da sua força normativa, pois ao intérprete constitucional cabe a concretização dos preceitos constitucionais, em especial daqueles em que o legislador foi omissos na proteção do bem jurídico, cabendo ao guardião da Constituição (STF) tal incumbência.

Além desta crítica, questiona-se a subjetividade que decorre da conduta proativa da função jurisdicional que, sob a justificativa de interpretar o texto constitucional, estaria

livre para adotar uma série de posicionamentos sob a égide dos princípios, inclusive aqueles decorrentes de posições políticas, sociais e jurídicas individualizadas do intérprete:

Ativismo é quando os juízes substituem os juízos do legislador e da Constituição por seus juízos próprios, subjetivos, ou, mais que subjetivos, subjetivistas (solipsistas). No Brasil esse ativismo está baseado em um catálogo interminável de “princípios”, em que cada ativista (intérprete em geral) inventa um princípio novo. Na verdade, parte considerável de nossa judicialização perde-se no emaranhado de ativismos. (STRECK, 2004)

Deve se ressaltar que a regra da atuação do Poder Judiciário é a autocontenção, sendo a conduta ativista medida judicial excepcional na resolução dos casos concretos em que haja omissão legislativa. De todo modo, é necessário que haja o *accountability* das decisões judiciais, no sentido de limitar a conduta jurisdicional proativa, por meio do controle popular ou dos próprios órgãos estatais, como o CNJ.

Será seguida a metodologia científica de caráter instrumental legal e doutrinária com caráter exploratório de estudo de caso, seguida corrente doutrinária que defende o ativismo judicial na concretização das disposições constitucionais, justificando o movimento na própria força normativa da constituição e na efetividade dos direitos constitucionais. A pesquisa será realizada com a análise doutrinária das posições contrárias e favoráveis ao ativismo, além da análise dos dispositivos constitucionais envolvidos, tendo por base os votos dos ministros na ADI 5526.

O objetivo deste trabalho é demonstrar que o procedimento do art. 53, § 2º, da CF, que determina a remessa dos autos à casa do parlamentar para resolução da sua prisão decorrente de flagrante de crime inafiançável, não deve ser aplicado também ao caso de prisão cautelar em integração da lacuna constitucional, pois a medida não se mostra a mais efetiva na concretização do princípio constitucional republicano e dos direitos constitucionais.

1 O ATIVISMO JUDICIAL E A INTEGRAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A separação de poderes tem previsão no art. 2º da CF de 1988, assim como no artigo 60, § 4º, inc. III, também da CF. Este segundo dispositivo, foi elevado a condição de cláusula pétrea dada a importância do instituto na proteção e garantia dos direitos fundamentais, como ressalta Paulo Bonavides (1974, p. 85):

[...] todo prestígio que o princípio da separação dos poderes auferiu na doutrina constitucional do liberalismo decorre da crença no seu emprego como garantia das liberdades individuais ou, mais precisamente, como penhor dos recém-adquiridos direitos políticos da burguesia frente ao antigo poder das realezas absolutas.

Rui Babosa afirmou que “a existência dos três poderes não é privilégio do sistema republicano, mas necessidade comum a todas as instituições regulares.” (1932, p. 407). No mesmo sentido, destacando importância da separação dos poderes, Alexander Hamilton, em “O Federalista”:

A sciencia da política tem feito tão grandes progressos como muitas outras. Está hoje provada a efficacia de diferentes meios ignorados, ou perfeitamente conhecidos pelos antigos: a distribuição e divisão dos poderes - a introdução dos contrapesos e freios legislativos - a instituição dos tribunales compostos de juizes inamovíveis- a representação do povo na legislatura por meio de deputados da sua escolha, tudo isto são instituições novas ou aperfeiçoadas nos tempos modernos; e eis-aqui os meios poderosos com que se podem conservar as vantagens do governo republicano, evitando ou diminuindo as suas imperfeições.

A esta enumeração das circunstancias que tendem a melhorar o systema do governo popular, acrescentarei ainda outra, deduzida do mesmo princípio, que servio de base a huma objecção contra o projecto de constituição que se discute. (HAMILTON, 1840, p. 78)

Em resumo, a teoria da separação dos poderes é a “fórmula suprema de expressão e garantia do princípio republicano, em sua dupla face de contenção do poder e manutenção dos órgãos que o exercem, equilibradamente” (ATALIBA, 1998, p. 49).

A idealização da separação das funções partia da premissa de que cada poder detivesse uma competência institucional, garantindo a independência de suas atribuições:

A teoria dos três poderes rigorosamente separados: o executivo (o rei e os seus ministros), o legislativo (1º câmara e 2º câmara, câmara baixa e câmara alta) e o judicial (corpo de magistrados). Cada poder recobriria uma função própria sem qualquer interferência dos outros. [...] Além disso, mais do que a separação, do que verdadeiramente se tratava era de combinação de poderes: os juízes eram apenas a boca que pronuncia as palavras da lei; (ATALIBA, 2015, p. 114-115)

Nesse sentido, de modo singelo, a separação das funções seguia a seguinte ordem: a produção normativa incumbia ao Poder Legislativo, a execução das determinações legais cumpria ao Poder Executivo e ao Poder Judiciário cabia a aplicação mecânica da lei face aos questionamentos que lhe eram postos.

O instituto da separação dos poderes, todavia, “não possui uma fórmula universal apriorística e completa” (SEPULVEDA, 1997) e, dessa forma, é passível de sofrer alterações no seu entendimento conforme a nova situação constitucional que se instaure no ordenamento jurídico, dado seu caráter instrumental. Em verdade, a real natureza do instituto é a proteção dos cidadãos contra o arbítrio estatal.

O objetivo, portanto, é evitar que uma só função instituída detenha a totalidade do poder, atuando de maneira arbitrária, sem a possibilidade de contenção ou limitação por demais funções de igual estatura. Entretanto, os poderes naturalmente revelarão atuação extensiva em face do panorama constitucional a fim de efetivar o previsto na Constituição Federal, e não de modo arbitrário, como explica Christine Peter (2015, p. 70):

A proposta de uma interdependência, como se vê, não é nova. O que pode ser considerada novidadeira é a metódica de interação entre estas funções, que tem na Constituição, especialmente nas normas constitucionais jusfundamentais, o elemento mediador. Explico melhor: no Estado constitucional, diante da tarefa compartilhada de concretizar direitos fundamentais como meta principal do Estado, as funções de poder atuam, na medida de suas competências constitucionalmente postas, buscando aproximação com o ideal de máxima efetividade jusfundamentadora.

Dessa forma, faz-se necessário desenhar a relação existente entre Estado e Constituição a fim de entender como a atuação proativa de um dos poderes não implica em arbitrariedade, revelando que a teoria da tripartição dos poderes não pode ser considerada um fim em si mesma, pois o seu objetivo central é a concretização das previsões constitucionais.

A Constituição é instrumento político que consolida a modernização do Estado e os novos interesses sociais a serem tutelados, e, nessa lógica, Christine Oliveira Peter (2015, p. 66) explica a importância da Constituição na revitalização do Estado, servindo como instrumento de atualização dos objetivos estatais, pois “aparentemente assume a premissa clássica (até vetusta) de que o Estado tem preeminência em relação à Constituição, logo em seguida demonstra seu caráter dinâmico, afirmando que a Constituição refunda o Estado, atualizando-o.”.

Em verdade, o objetivo primeiro de uma Constituição é:

A Constituição é um instrumento do processo civilizatório. Ela tem por finalidade conservar as conquistas incorporadas ao patrimônio da humanidade e avançar na direção de valores e bens jurídicos socialmente desejáveis e ainda não alcançados. Como qualquer ramo do Direito, o direito constitucional tem possibilidades e limites. Mais do que em outros domínios, nele se expressa a tensão entre norma e realidade social. (BARROSO, 2017, p. 72)

Nesse sentido, a CF/88 instaurou uma nova ordem jurídica constitucional e trouxe consigo um novo paradigma hermenêutico a fim de efetivar o quanto previsto em seu texto, como afirma o ministro Luís Roberto Barroso (2012, p. 2):

A partir de 1988, e mais notadamente nos últimos cinco ou dez anos, a Constituição passou a desfrutar já não apenas da supremacia formal que sempre teve, mas também de uma supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios. Com grande ímpeto, exibindo força normativa sem precedente, a Constituição ingressou na paisagem jurídica do país e no discurso dos operadores jurídicos.

A mudança marcou a passagem do Estado de direito, que “acaba se confundindo com mero enunciado formal da lei, destituída de qualquer conteúdo, sem compromisso com a realidade política, social, econômica, ideológica enfim.” (SILVA, 1988, p. 17), para o Estado Constitucional, que tem por característica principal o de tornar as disposições constitucionais protagonistas, movimento que foi se densificando desde o advento da CF/88 até atualmente, como expõe Christine Oliveira Peter (2015, p. 66):

Nessa perspectiva, Pérez Luño ressalta que a mudança da linguagem e da aplicação das normas constitucionais não são oriundas de atos arbitrários dos juizes e governantes, mas, sim, reflexos da adequação de suas atividades às mudanças sociais, políticas e econômicas, e com isso procura explicar que a passagem do ‘Estado de direito’ para o ‘Estado constitucional’ pode ser comprovada por três fenômenos: a mudança da

primazia da lei para a primazia da Constituição, da reserva de lei à reserva da Constituição e do controle judicial de legalidade ao controle judicial de constitucionalidade.

Todavia, a simples menção da Constituição a um conjunto de direitos, deveres e garantias constitucionais não é suficiente para garantir a aplicabilidade do quanto previsto, pois existe um descompasso entre o texto normativo e o que efetivamente é entregue ao cidadão.

O problema de concretização também foi delineado, no Brasil, pelo ministro Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos (2003, p. 142):

A falta de efetividade das sucessivas Constituições brasileiras decorreu do não reconhecimento de força normativa aos seus textos e da falta de vontade política de dar-lhes aplicabilidade direta e imediata. Prevaleceu entre nós a tradição européia da primeira metade do século, que via a Lei Fundamental como mera ordenação de programas de ação, convocações ao legislador ordinário e aos poderes públicos em geral. Daí porque as Cartas brasileiras sempre se deixaram inflacionar por promessas de atuação e pretensos direitos que jamais se consumaram na prática. Uma história marcada pela insinceridade e pela frustração. (2003, p. 142)

A CF/88 trouxe uma série de previsões no sentido da busca pela efetivação das garantias e direitos ali previstos, como se nota no artigo 3º da CF. Na verdade, o problema reside na busca de uma solução para o problema de desconexão entre o que uma constituição prevê e sua efetiva aplicabilidade social: a concretização do quanto garantido na carta política.

Nesse sentido, Konrad Hesse (1991, p. 14) ressaltou a importância da existência de pontos de conexão entre a norma constitucional constituída e a realidade social:

A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (Geltungsanspruch) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas. Devem ser contempladas aqui as condições naturais, técnicas, econômicas, e sociais. A pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em conta essas condições.

E é nesse contexto que se desenvolverá a apresentação do ativismo judicial: o desafio da integração do texto constitucional com a concretização das disposições previstas, por um dos poderes estatais, o Poder Judiciário.

As lacunas constitucionais, nesse sentido, se constata quando há “a ausência, no complexo normativo-constitucional, de uma disciplina jurídica, mas ela pode deduzir-se a partir do plano regulativo da constituição” (CANOTILHO, 2003, p. 1235)

É necessário diferenciá-las da inconstitucionalidade por omissão, pois neste caso a omissão se dá na ausência de conduta do Poder Legislativo no regular de uma matéria genericamente tutelada pela Constituição.

A existência de lacunas constitucionais decorre da própria natureza da Constituição, que não é capaz de prever todas as questões de importância materialmente constitucional, nesse sentido, Konrad Hesse afirma que somente uma Constituição aberta, capaz de abarcar evoluções sociais, e se reinterpretar continuamente, seria realmente efetiva:

[...] deve a Constituição, enfim, ficar imperfeita e incompleta, porque a vida que ela quer ordenar, é a vida histórica e, por causa disso, está sujeita a alterações históricas. Essa alterabilidade caracteriza, em medida especial as condições de vida reguladas pela Constituição. Por isso, o Direito Constitucional, só em medida limitada e só pelo preço de modificações constitucionais freqüentes, deixa-se especificar, tornar evidente e calculável de antemão. Se a Constituição deve possibilitar o vencimento da multiplicidade de situações problemáticas que se transformam historicamente, então seu conteúdo deve ficar necessariamente "aberto para dentro do tempo. (p. 40)

Assim, deve se pensar em uma Constituição apta a se reinventar continuamente, aberta aos novos anseios sociais, tutelando as situações jurídicas que se mostrem necessárias a formalização constitucional, no sentido de melhor garantir o direito.

Dessa forma, o meio defendido como apto a concretizar as diretrizes constitucionais, na integração do texto constitucional, é a interpretação por meio do método hermenêutico-concretizador, explicado por José Canotilho (2004, p. 114):

O método hermenêutico-concretizador arranca da idéia de que a leitura de um texto normativo se inicia pela *pré-compreensão* do seu sentido através do intérprete. A interpretação da constituição também não foge a este processo: é uma *compreensão de sentido*, um preenchimento de sentido juridicamente criador, em que o intérprete efectua uma actividade práctico-normativa, *concretizando* a norma para e a partir de uma situação histórica concreta. No fundo, este método vem realçar e iluminar vários pressupostos da tarefa interpretativa: (1) os pressupostos subjectivos, dado que o intérprete desempenha um papel criador (*pré-compreensão*) na tarefa de obtenção do sentido do texto constitucional: (2) os pressupostos objectivos, isto é, o *contexto*, actuando o intérprete como operador de mediações entre o texto e a situação em que se aplica: (3) relação entre o *texto* e o *contexto* com a

mediação criadora do intérprete, transformando a interpretação em movimento de ir e vir (círculo hermenêutico).

O método é importante, pois o julgador pode se afastar dos meros silogismos lógicos e levar em consideração outros elementos, como o contexto social, político e econômico, como bem ressaltado por Konrad Hesse “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.” (2009, p. 136). Os próprios princípios servem ao fim de atualização da norma em face das hodiernas necessidades coletivas:

A interpretação se revela, debaixo de semelhantes condições, um meio fácil de tornar a constituição maleável e prover racionalmente, por via técnica, sem compromisso inibitórios de limitação jurídica rígida, os fins do Estado em toda a requerida e almejada amplitude.

O método concretista considera a interpretação constitucional uma concretização, admitindo que o intérprete, onde houver obscuridade, determine o conteúdo material da constituição. De modo que o teor da norma, segundo Hesse, só se completa no ato interpretativo. A concretização, acrescenta o mesmo publicista, pressupõe uma “compreensão” do conteúdo da norma que se interpreta, sendo relevante na operação interpretativa o vínculo que prende a “compreensão prévia” do intérprete ao problema cuja solução se busca. (BONAVIDES, 2014, p. 492)

Neste ponto já é possível se debater uma das principais críticas apontadas ao ativismo judicial, qual seja, aquela que “se baseia na ideia de que a atuação do Poder Judiciário em esferas normalmente reservadas aos Poderes Executivo e Legislativo representaria uma usurpação de competências.” (VIEIRA, 2017, p. 101).

De fato, ao atuar em conduta proativa, o Poder Judiciário adentra competência reservada precipuamente ao Poder Legislativo, todavia, busca-se afastar aqui a ideia de crítica, apresentando o problema mais como uma desafio a ser superado, pois o processo de evolução social, que reflete no entendimento e aplicação do direito, passou a exigir do Estado (Poder Executivo, Judiciário e Legislativo), a efetivação dos preceitos constitucionais de modo ainda mais intenso, não sendo suficiente a mera previsão no texto constitucional, como ressalta Cristine Peter (2015, p. 70):

O Estado de direito possui como premissa o princípio da reserva de lei, conforme teoria defendida por Montesquieu, de acordo com o qual cabia tão-só ao Parlamento o estabelecimento de normas abstratas e genéricas que seriam aplicadas aos casos concretos do cidadão. ^[16]

Porém, por diversas razões históricas^[17], revela-se oportuna a transposição do modelo de Estado que prima pela reserva da lei para aquele que se propõe a resguardar a reserva da Constituição, o que significa que a reserva da Constituição também vinculará o legislador, e, de alguma forma, convocará imediatamente também o Poder Executivo (além do Legislativo) para o exercício compartilhado de concretização dos direitos fundamentais.

Nesse particular, a doutrina sobre separação de funções do poder sempre vem à tona, como uma daquelas velhas práticas que merece sempre respeito e consideração diante das novas necessidades. Nascem, nesse contexto, as inevitáveis parcerias entre as funções de poder Legislativo, Judiciário e Executivo. O conceito de inevitáveis, nesse sentido, não significa, entretanto, livres de tensões e conflitos, pois o Estado de direitos fundamentais, fundado na ideia de democracia de antíteses, pressupõe sempre as interações, sejam elas cooperativas ou conflitivas.

De igual modo afirma Peter Häberle, no sentido de que “no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos órgãos estatais” (1997, p. 13). A ideia, portanto, afigura-se na interpretação mais ousada do texto constitucional a fim de proteger e efetivar os preceitos da Constituição.

Nestes termos, a função jurisdicional passou a ter “participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.” (BARROSO, 2009, p. 6).

E isso não representa arbitrariedade na atuação judicial, revela sim a concretização das promessas constitucionais do Estado do qual o Poder Judiciário também é parte.

Konrad Hesse (1991, p. 20) chama a atenção para a força normativa da própria Constituição, que possui o condão de buscar as soluções que melhor se adaptem ao contexto social do caso concreto, atualizando suas próprias conclusões, o que respalda a atuação do STF no manuseio do direito constitucional:

A força que constitui a essência e a eficácia da Constituição reside na natureza das coisas, impulsionando-a, conduzindo-a e transformando-se, assim, em força ativa. Como demonstrado, daí decorrem os seus limites. Dai resultam também os pressupostos que permitem à Constituição desenvolver de forma ótima a sua força normativa. Esses pressupostos referem-se tanto ao conteúdo da Constituição quanto à praxis constitucional.

Nestes termos, deve-se buscar as soluções hermenêuticas que melhor contribuam para a eficácia constitucional, pois a compreensão das estruturas

constitucionais permite que o julgador apresente solução integrativa capaz de atualizar a norma, garantida a sua efetividade.

A ideia é a de que a Constituição, no sentido jurídico, não deve se desvencilhar da realidade social que a circunda, pois o seu próprio texto já garante a proteção aos preceitos presentes na realidade social, o que deve se buscar é a efetivação daqueles preceitos que se transformam constantemente dentro dos valores sociais, políticos e econômicos, pois só assim a Constituição seria capaz de deter força normativa própria e fazer valer o que prevê, como aponta Konrad Hesse (2009, p. 131):

Com essas assertivas, logrou Humboldt explicitar os limites da força normativa da Constituição. Se não quiser permanecer “eternamente estéril”, a Constituição – entendida aqui como “Constituição jurídica” – não deve procurar construir o Estado de forma abstrata e teórica. Ela não logra produzir nada que já não esteja assente na natureza singular do presente (individuelle Beschaffenheit der Gegenwart). Se lhe faltam esses pressupostos, a Constituição não pode emprestar “forma e modificação” à realidade; onde inexiste força a ser despertada – força esta que decorre da natureza das coisas – não pode a Constituição emprestar-lhe direção; se as leis culturais, sociais, políticas e econômicas imperantes são ignoradas, a Constituição carece do imprescindível germe de sua orça vital. A disciplina normativa contrária a essas leis não logra concretizar-se.

A partir dessa visão constitucional transformadora e da obrigatoriedade de resposta judicial às provocações do jurisdicionado (art. 5º, XXXV, da CF) é que se impõem atuação proativa do Poder Judiciário a fim de efetivar a própria constituição.

Logo, o Poder Judiciário passou a adotar conduta proativa na interpretação da constituição, no sentido de que questões de “repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo” (BARROSO, 2009, p. 3).

O principal fator apontado pelo ministro Luís Roberto Barroso (2009, p. 6) como responsável pela conduta proativa do Poder Judiciário é a “retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.”.

A representatividade, neste sentido, revelou o seu maior defeito prático:

[...] a idéia de representação da vontade do cidadão pelo eleito, tem progressivamente diminuído na realidade, mediante a tomada de consciência pelo eleitor de que, definitivamente, os homens que são eleitos atuam para si mesmos e não para ele cidadão, ante essa avalanche de leis, cada vez mais completas, cada vez mais técnicas,

cada vez mais conformadas com a vontade governamental, não reconhece sua própria vontade. [...] essa transformação da lei conduz à tomada de consciência da necessidade de proteger os direitos fundamentais, inclusive perante a própria lei. (RIVERO, 1984, p. 667).

Pois deve se conceber que “a violação das garantias constitucionais, perpetrada à sombra de funções políticas, não é imune à ação dos tribunais. (LESSA, 2003, p.65). Esta conduta extensiva judicial é melhor observada em certos comportamentos do Supremo Tribunal Federal:

A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. (BARROSO, 2009, p. 6)

O papel do Estado passou a ser preponderantemente a efetivação do quanto previsto na Constituição Federal, em consequência, o Poder Judiciário surgiu como o principal instrumento na concretização das garantias fundamentais, em especial pela omissão generalizada do Poder Legislativo nesse sentido.

Daí advém a ideia de ativismo judicial, definido como “uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance.” (BARROSO, 2012, p. 6).

O ativismo judicial, dessa maneira, surge como meio hermenêutico proativo capaz de, integrando o texto constitucional, aperfeiçoar as normas constitucionais, pois permite que a norma posta interaja com os fatos existentes e se transforme de modo a se tornar cada vez mais efetivo.

É necessário se ressaltar que a regra em um Estado democrático de direito é autocontenção judicial, ou seja, a atuação interpretativa extensiva do Poder Judiciário deve acontecer apenas quando necessária a suprir omissões na garantia de direitos fundamentais não tuteladas pelo direito normativo, e não deve ser utilizado de modo relapso, sob pena de prejuízo aos preceitos democráticos. O conceito de autocontenção, portanto:

O oposto do ativismo é a auto-contenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. Por essa linha, juízes e tribunais (i) evitam aplicar diretamente

a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas. Até o advento da Constituição de 1988, essa era a inequívoca linha de atuação do Judiciário no Brasil. A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem contudo invadir o campo da criação livre do Direito. A auto-contenção, por sua vez, restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas. (BARROSO, 2009, p. 7)

Nestes termos, surgem questionamentos quanto à legitimidade dos membros investidos na atuação jurisdicional, aos limites da atuação do Poder Judiciário e tentativas de tentar delimitar o que seria ativismo judicial: “[...] verifica-se que a questão que sempre causa celeuma se deve à discussão sobre os limites da intervenção do Poder Judiciário [...]” (NUNES; COUTINHO; LAZARI, 2015, p. 211).

Para Mauro Cappelletti, a atuação proativa dos julgadores tem respaldo na própria atribuição do Poder Judiciário, pois “Encontra-se implícito que, em outras palavras, o reconhecimento de que na interpretação judiciária do direito legislativo está insito certo grau de criatividade” (1993, p. 20).

Mauro Cappelletti (1993, p. 26-27) vai ainda mais longe e, fazendo uma comparação entre a atuação jurisdicional e a legislativa, afirma que:

[...] a única diferença possível entre jurisdição e legislação não é, portanto, de natureza, mas sobretudo de frequência ou quantidade, ou seja, de grau, consistindo na maior quantidade e no caráter usualmente mais detalhado e específico das leis ordinárias e dos precedentes judiciais ordinários, em relação às normas constitucionais – usualmente contidas em textos sucintos e formuladas em termos mais vagos – como da mesma forma relativamente às decisões da justiça constitucional. Daí decorre que o legislador se depara com limites substanciais usualmente menos frequentes e menos precisos que aqueles com os quais, em regra, se depara o juiz: do ponto de vista substancial, ora em exame, a criatividade do legislador pode ser, em suma, quantitativamente mas não qualitativamente diversa do juiz.

A posição adotada por Cappelletti revela uma natural atuação do julgador na efetivação do texto constitucional em igual medida substancial do legislador, apenas limitado em maior grau quanto à quantidade dessa atuação, ou seja, é natural do próprio sistema institucional que o Poder Judiciário se depare com omissões normativas e busque a integração dos dispositivos.

Neste ponto, já é possível se analisar outra crítica apontada ao ativismo judicial que se concentra na falta de legitimidade democrática do movimento, entendida como “a invasão pelo Direito, e pela Constituição em particular, do espaço próprio do pluralismo político produziria – alega-se – um grave desequilíbrio em prejuízo da democracia” (BARCELLOS, 2008, p. 119).

Na verdade, a atuação do STF encontra sua legitimidade na fundamentação das decisões, na forma do artigo 93, IX, da CF: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]”, pois os fundamentos utilizados servem ao controle dos pronunciamentos judiciais, não havendo como se desconsiderar que a legitimidade dos magistrados também se infere pela regra geral democrática do concurso público (art. 37, II, da CF).

Dessa forma, toda a construção de entendimento, inclusive aquela decorrente da mudança de interpretação constitucional, seja com base em princípios ou não, conferirá legitimidade e possibilidade de controle, nesse sentido “Só atuam, legitimamente, quando sejam capazes de fundamentar racionalmente suas decisões, com base na Constituição.” (BARROSO, 2009, p.11).

Logicamente, o exercício de competência de outros poderes, como do Poder Legislativo, pelo Poder Judiciário pode ser verificado em uma conduta ativista, trazendo o cerne da discussão para a legitimidade democrática nessa extrapolação, todavia, apresenta-se tal crítica como desafio do movimento, pois a ideia aqui defendida é a de que a interpretação proativa como meio de concretização dos preceitos constitucionais afigura-se preceito norteador em um Estado Constitucional.

As críticas quanto à falta de limitação ao ativismo judicial também se revelam desarrazoadas já que, como ressaltado, a própria obrigatoriedade de fundamentação é instrumento que propicia o controle judicial, pois permite a análise condicional se a matéria tratada, além de omissa constitucionalmente, reveste-se de importância tamanha que justifique o imediato pronunciamento jurisdicional concretizador de direitos, em extrapolação do instituto garantista da separação dos poderes.

Ressalta-se que o movimento deve ser adotado em medidas excepcionais, principalmente quando constatada a omissão constitucional que implique prejuízo aos direitos fundamentais ou aos próprios preceitos tutelados pela Constituição, além disso, o professor Luís Roberto Barroso (2009, p. 16) aponta dois vetores que devem ser analisados pelo julgador ao tomar uma decisão proativa, a capacidade institucional e o risco dos efeitos sistêmicos:

Capacidade institucional envolve a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria. Temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade podem não ter no juiz de direito o árbitro mais qualificado, por falta de informação ou conhecimento específico. Formalmente, os membros do Poder Judiciário sempre conservarão a sua competência para o pronunciamento definitivo. Mas em situações como as descritas, normalmente deverão eles prestigiar as manifestações do Legislativo ou do Executivo, cedendo o passo para juízos discricionários dotados de razoabilidade. Em questões como demarcação de terras indígenas ou transposição de rios, em que tenha havido estudos técnicos e científicos adequados, a questão da capacidade institucional deve ser sopesada de maneira criteriosa.

[...]

Também o risco de efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejados pode recomendar, em certos casos, uma posição de cautela e deferência por parte do Judiciário. O juiz, por vocação e treinamento, normalmente estará preparado para realizar a justiça do caso concreto, a microjustiça. Ele nem sempre dispõe das informações, do tempo e mesmo do conhecimento para avaliar o impacto de determinadas decisões, proferidas em processos individuais, sobre a realidade de um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público. Tampouco é passível de responsabilização política por escolhas desastradas. Exemplo emblemático nessa matéria tem sido o setor de saúde.

Assim, a atuação do STF deve se orientar pela qualidade da decisão, observando se seria o próprio Poder Judiciário, o Poder Legislativo ou mesmo a atuação do Poder Executivo que melhor teria instrumentos para a resolução do problema.

De todo modo, partindo o Poder Judiciário de uma conduta proativa, a decisão deve ter respaldo no conteúdo constitucional:

O ministro Barroso, então, acertou: não importa quão boa ou má seja esta decisão. Ela segue, digamos assim — e isso foi dito pelo próprio ministro — a “letra da Constituição”. Ou seja, a relevância para um julgamento consiste em compreender se decisão está de acordo com a Constituição. Essas são as regras do jogo; caso contrário, teríamos uma República Juristocrática. (STRECK; TASSINARI; LEPPER, 2015, p. 54)

Podéria se aventar se a releitura da teoria da separação dos poderes não seria a melhor solução, em especial para afastar as críticas as atuações proativas. Nesse sentido, surgiram algumas teses que, revisitando a teoria da tripartição das funções, tentaram produzir um novo sistema, como apontado por José Rodrigo Rodrigues (2013, p. 169):

Apenas para tomar como exemplo um estudo recente, mas já considerado clássico, em *The New Separation of Powers* (ACKERMAN, 2000), Bruce Ackerman compara a tradição americana de separação de poderes com o modelo de países como Alemanha, Itália, Japão, Índia, Canadá e África do Sul para criticar os EUA e argumentar contra a exportação de seu modelo para outros países do mundo. Na descrição do autor, esse modelo possui um presidente eleito que funciona como freio e contrapeso do congresso eleito democraticamente. Ackermann defende um modelo em que o primeiro-ministro fique no cargo desde que consiga manter o apoio do Parlamento e que o poder do Parlamento tenha como freio e contrapeso uma série de instituições, não apenas a corte constitucional.

Para o referido autor, o advento de uma nova teoria levantaria um novo problema: “é problemático fixar de antemão um desenho determinado da separação de poderes, que passa a ser pensado como modelo a ser seguido ou mesmo —copiado”, aduzindo também que a ideia principal da criação do sistema não seria produzir uma nova teoria estática, mais “criar poderes e contrapoderes para evitar a constituição de polos de poder absolutos, sem nenhum controle. Não é necessário que os poderes sejam três e que funcionem de acordo com a lógica naturalizada da separação de poderes.” (RODRIGUEZ, 2011 p. 170).

No mesmo sentido, Christine Oliveira Peter (2015, p. 66) aponta importante ponto na discussão:

[...] a tese da democracia de antíteses, que se apresenta como um caminho em que a construção do sistema democrático acontece de forma dinâmica, ou seja, fundada em antíteses, negando-se ao repouso restaurativo da síntese. A democracia de antíteses propõe uma metódica apta a sustentar um conceito dinâmico de Estado e de Constituição, o qual estará em busca de seus pressupostos fundamentais também em versões dinâmicas das respectivas teorias.

Esta última visão parece ser a mais acertada, pois parte do pressuposto de que qualquer teorização deve ser constantemente provocada a fim de se produzir um conceito que se adegue continuamente a realidade que visa normatizar, não permitindo institutos estáticos, descompassados com as necessidades reais de poder.

Dessa forma, a busca deve ser pela efetivação das promessas constitucionais e “a mediação concretizadora desse sentido substancial é uma tarefa compartilhada entre todos os órgãos de poder (funções executiva, legislativa e judiciária) e também entre estes e a sociedade civil organizada.” (PETER, 2015, p. 67).

A questão de atualização da teoria da separação dos poderes, sob o enfoque de concretização da Constituição por todos os atores políticos, é elemento que se apresenta apenas para demonstrar a importância da eficácia constitucional, não sendo a solução defendida.

O ativismo judicial, portanto, é movimento necessário na concretização de direitos fundamentais em face da omissão legislativa e a atuação interpretativa proativa do Poder Judiciário visa extrair da Constituição sua máxima efetividade. Se existem outras teorias de divisão de competência em um Estado, ainda não houve vontade política ou mesmo conexão com a realidade brasileira essencial para a reestruturação de poder constitucional.

Nesse sentido, a mutação do entendimento do texto constitucional, por meio do ativismo judicial, em resposta à mudança da realidade social é medida que se impõe a efetividade da CF. No caso analisado, não prevaleceu decisão que permitisse a mutação Constitucional.

2 VOTOS DOS MINISTROS NA ADI 5526.

2.1 CONTEXTUALIZAÇÃO.

O instrumento utilizado pelos partidos, a ação direta de inconstitucionalidade (ADI), tem previsão no art. 102, I, “a”, da CF, é regulamentado pela Lei 9.868/99, e tem por objetivo a “declaração de inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo federal ou estadual”, segundo glossário jurídico do STF. A coisa julgada da ação possui efeito *erga omnes* e vincula o Poder Judiciário e a administração direta e indireta em todas as esferas, na forma do § 2º, do artigo 102, da CF.

Três partidos políticos, quais sejam, o Partido Progressista, o Partido Social cristão e o Partido Solidariedade ajuizaram a ADI 5526 asseverando a necessidade de interpretação conforme à Constituição dos arts. 312 e 319 do CPP para garantir consonância com as regras constitucionais que protegem a autonomia do Poder Legislativo e as prerrogativas dos parlamentares (art. 53, §2º, §3º; art. 55, §1º, §2º, todos da CRFB).

Buscaram, em especial, pronunciamento que determinasse, uma vez determinado o afastamento cautelar do exercício do mandato parlamentar, o procedimento do Tribunal competente de remeter os autos, em 24 horas, à casa legislativa do parlamentar para que, por voto da maioria de seus membros, resolva sobre a medida cautelar.

Aduzem, ainda, que existem três soluções constitucionais possíveis para a questão: (a) a primeira constante do art. 55, § 1º e § 2º, da CF, no que prevê a competência das Mesas para deliberar sobre a perda do mandato; (b) a prevista no art. 53, § 2º, da CF, segundo o qual compete às respectivas Casas resolver sobre a prisão de seus membros e (c) aquela do art. 53, § 3º, da CF, que autoriza a deliberação das Casas para sustar o andamento de ação penal que porventura tenha sido recebida contra senador ou deputado.

O Presidente da República defendeu a constitucionalidade das normas, asseverando a proteção do *jus puniendi* por meio das medidas cautelares e da prisão preventiva.

A presidência do Congresso Nacional, por sua vez, manifestou-se no sentido de que “a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão devem ser submetidas a decisão da Casa Legislativa respectiva quando elas representarem afastamento das

funções parlamentares”, ressaltando, ainda, a impossibilidade de aplicação da prisão preventiva aos parlamentares.

Já a Presidência da Câmara dos Deputados, de igual modo, defendeu a necessidade de remessa dos autos à respectiva casa do parlamentar para resolução da prisão, também no caso da cautelar, estendendo a aplicação do procedimento do art. 53, § 2º, da CF, protegendo a autonomia do mandato parlamentar, restringindo as hipóteses de suspensão.

A Advocacia Geral da União manifestou-se pela improcedência da referida ação, asseverando a possibilidade de aplicação das medidas cautelares diversas da prisão aos parlamentares sem a necessidade de remessa dos autos à respectiva casa do parlamentar e pela inaplicabilidade da prisão preventiva aos parlamentares.

De igual modo, o Procurador Geral da República opinou pela desnecessidade de submissão das medidas cautelares ao crivo da casa legislativa do parlamentar, pois não se poderia prever procedimento que a Constituição simplesmente não estabeleceu para as medidas cautelares aplicáveis aos parlamentares, de igual modo quanto à prisão preventiva.

Os causídicos dos partidos requerentes, além dos advogados do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, fizeram sustentações orais, nas quais destacaram a necessidade de respeito à separação dos poderes a fim de se manter a harmonia entre as funções estatais, em última análise, defendendo o estado democrático de direito, dentre outros argumentos no sentido da taxatividade do texto constitucional.

Em resumo, buscavam interpretação conforme a constituição dos arts. 312 e 319 do CPP para afastar a aplicação tanto das medidas cautelares, quanto da prisão preventiva aos parlamentares e, sucessivamente, caso houvesse entendimento pela aplicação das medidas cautelares e da prisão preventiva, que estas passassem pelo crivo da respectiva casa legislativa do parlamentar.

A alegada taxatividade do texto constitucional se infere do entendimento de que a CF/88 teria previsto expressamente a única forma de limitação do exercício do mandato parlamentar, exclusivamente no caso de prisão em flagrante (Art. 53, § 2º, da CF), não cabendo ao julgador alargar tal previsão

Na verdade, a discussão voltava-se para a possibilidade de ampliação do procedimento de remessa dos autos à respectiva casa do parlamentar, além da hipótese de prisão em flagrante, servindo também para o caso de aplicação de medidas cautelares e da prisão preventiva.

Em resumo, a problemática exposta diz respeito à técnica hermenêutica a ser utilizada pelos ministros, ao suprir lacuna constitucional, quando existir lacuna constitucional sobre a matéria posta em debate.

No caso, especificamente, quanto à falta de previsão constitucional da necessidade de remessa dos autos à casa do parlamentar para resolução da decisão também em caso de aplicação de medidas cautelares diversas da prisão que impliquem no afastamento do exercício do mandato.

No dia 11/10/2017, o STF julgou a ADI n. 5526, que tratou da necessidade de remessa dos autos à respectiva casa legislativa do parlamentar para resolver sobre a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão que impliquem no afastamento do exercício do mandato, na forma do art. 53, § 2º, da CF.

A matéria já havia sido tratada na AC 4.327 pela Primeira Turma do STF, em 26/9/2017, e o entendimento prevaiente foi o da possibilidade de aplicação das medidas cautelares aos parlamentares sem manifestação da respectiva casa legislativa. O ponto central da fundamentação foi a necessidade de prevalência da moralidade no exercício do mandato e da proteção ao princípio republicano.

No âmbito da ADI 5526, os ministros mantiveram o entendimento da aplicabilidade das medidas cautelares diversas da prisão aos parlamentares, entretanto entenderam pela necessidade de remessa dos autos à respectiva casa legislativa para resolução da medida cautelar que implique no afastamento do mandato, em respeito à separação dos poderes.

O ministro relator Edson Fachin votou pela total improcedência da ação, afastando a necessidade de comunicação da casa legislativa do parlamentar em caso de decretação de medidas cautelares diversas da prisão, nesse sentido:

A outorga constitucional, conluo, do poder para sustar um processo penal não compreende a concessão de poderes para impedir a adoção de providencias cautelares necessárias a tutela da ordem pública, que visa impedir a reiteração delitiva, bem como a tutela da investigação, que busca a elucidação dos fatos, inaplicáveis, portanto, sob todos os aspectos, os três parâmetros de controle alegados na inicial para a pretendida interpretação conforme a constituição, que visava atribuir ao Congresso Nacional medidas de revisão das medidas cautelares definidas pelo poder judiciário.

Em contrapartida, o ministro Alexandre de Moraes abriu a divergência, julgando parcialmente procedente a ação, no sentido de afastar a aplicação das próprias medidas

cautelares diversas da prisão aos parlamentares, entretanto, caso prevalece a possibilidade de aplicação na sessão de julgamento, deveria ser adotada a procedimentalização do art. 53, § 2º, da CF, ressaltando a condição de cláusula pétrea da separação dos poderes (Art. 60, § 4º, III, da CF):

Esse artigo não poderá ser aplicado no afastamento cautelar dos parlamentares ou de qualquer medida que subtraía o exercício regular das funções dos parlamentares, caso haja, ao meu ver, essa ilegal aplicação, que se aplique imediatamente os termos do § 2º, do artigo 53, da CF.

E esse segundo entendimento, que determina a manifestação da respectiva casa legislativa caso haja a aplicação de qualquer medida cautelar diversa da prisão ao parlamentar que implique o afastamento do mandato prevaleceu no julgamento, não cabendo o procedimento para o caso de prisão preventiva, não aplicável aos parlamentares.

Por fim, há que se ressaltar que, em razão da imunidade formal dos parlamentares, a única hipótese de prisão admitida constitucionalmente é a decorrente de flagrante de crime inafiançável, descabida a aplicação da prisão preventiva, como consta da própria ementa do julgado:

3. A imunidade formal prevista constitucionalmente somente permite a prisão de parlamentares em flagrante delito por crime inafiançável, sendo, portanto, incabível aos congressistas, desde a expedição do diploma, a aplicação de qualquer outra espécie de prisão cautelar, inclusive de prisão preventiva prevista no artigo 312 do Código de Processo Penal.

Esses foram os principais pontos de importância para a análise da ADI 5526, essenciais para correta análise dos fundamentos utilizados pelos ministros em seus votos.

2.2 MINISTRO EDSON FACHIN

De início, o ministro relator Edson Fachin ressaltou que a discussão da ADI 5526 não girava em torno da possibilidade de aplicação de medidas cautelares aos parlamentares, pois a AC 4070 já havia consolidado o entendimento de que as medidas são regularmente aplicáveis aos deputados e senadores.

Além disso, delimitou a discussão da matéria a três parâmetros de controle constitucional apontados na petição inicial:

a regra do art. 55, §2º, da CRFB, que outorga às Casas Legislativas do Congresso Nacional a competência para decidir sobre a perda do mandato dos congressistas inclusive em caso de condenação criminal; a regra do art. 53, § 2º, da Constituição que atribui à Câmara ou ao Senado, conforme o caso, resolver sobre a prisão em flagrante por crime inafiançável; e a regra do art. 53, § 3º, da CRFB, que confere competência à Casa respectiva para sustar o andamento de ação penal instaurado em desfavor de parlamentar federal. (FACHIN, p. 21)

Dentre as alegações, apenas a atinente à possibilidade de aplicação do art. 53, § 2º, da CF, será objeto de análise deste trabalho. No entender do ministro, a interpretação integrativa do texto constitucional deve necessariamente passar pelos preceitos do princípio republicano, devendo o julgador se atentar para a proibição de tratamentos discriminatórios e a vedação de criação de privilégios aos detentores de poder ao se deparar com a falta de disposição expressa da Constituição.

Dessa forma, os fundamentos utilizados pelo ministro foram no sentido de suprir a omissão constitucional na matéria em favor da concretização dos direitos fundamentais dos cidadãos, por meio do princípio republicano, aplicando interpretação conforme a Constituição restritiva às prerrogativas do mandato, afastando a necessidade de remessa dos autos à casa do parlamentar para resolução quanto à aplicação de medidas cautelares diversas da prisão e impossibilitando a decretação de prisão preventiva aos parlamentares com a consequente limitação do exercício parlamentar.

Assim, ao afastar a aplicação do procedimento do art. 53, § 2º, da CF às medidas cautelares diversas da prisão, o ministro buscou integrar o texto constitucional com base na própria ordem principiológica da Constituição e o conjunto de direitos previstos, criando direito não previsto na norma, ultrapassando os limites da separação dos poderes, em conduta ativista.

Definindo que as medidas cautelares, inclusive a prisão preventiva, não dependiam de qualquer remessa à casa legislativa, para resolução da questão.

2.3 MINISTRA CARMEM LÚCIA

A ministra Carmem Lúcia, de início, apontou como um dos principais pontos do debate o respeito à separação dos poderes, sendo importante delimitar em que medida a atuação do Poder Judiciário, no caso, não estaria implicando em invasão da competência institucional do Poder Legislativo:

Há que se ter em mente, pois, que a aplicação de uma norma jurídica deve considerar a competência constitucional de cada órgão estatal. Porque todos os poderes submetem-se igualmente à lei. Todos os servidores e agentes públicos submetem-se igualmente à lei. E é ela que define a atribuição de cada qual dos poderes, a fim de que um não se superponha a outro. (p. 247)

Para a ministra, a interpretação conforme a Constituição de dispositivos infraconstitucionais deveria passar necessariamente pela compatibilização com o instituto da separação dos poderes, de modo que as funções legitimamente atribuídas a cada ente não fossem desrespeitadas no processo hermenêutico, ressaltando que “Não há um poder sobre outro. Cada um tem sua função e o dever de cumpri-la.” (p. 281).

Ressaltou que não há necessidade de se cumprir o procedimento do art. 53, § 2º, da CF, no caso de prisão definitiva do parlamentar, entendimento já consolidado no âmbito do STF, aduzindo, de igual modo, a desnecessidade do procedimento também em caso de aplicação de medidas cautelares diversas da prisão que não culminem na suspensão do mandato.

O caso de prisão preventiva não foi tratado pela ministra.

Quanto as medidas cautelares que imponham o afastamento do exercício parlamentar, votou pela necessidade de que a decisão exarada pelo Poder Judiciário deve ser remetida a respectiva casa legislativa, em 24 horas, para a possibilidade de resolução da medida cautelar, na forma do art. 53, § 2º, da CF.

2.4 MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES

O ministro Alexandre de Moraes, no que tange à separação de poderes, afirmou que o instituto é essencial para a garantia das liberdades individuais e que deve haver preocupação “sempre no sentido de manter-se o equilíbrio entre o legislador e o Judiciário” (p. 46).

Enfatizou importante premissa deste trabalho, a de que “a interpretação judicial, inclusive o ativismo, deve estar lastreada na Constituição” (p. 44), ressaltando a existência de limites na atuação dos poderes em proteção ao possível arbítrio estatal.

Além disso, asseverou que a atividade interpretativa inovatória do julgador tem importante papel na evolução do direito, entretanto tal atuação deveria ser exercida com cautela e de maneira restrita a fim de se evitar a destruição das garantias de um Estado de direito:

Conforme salientam os professores ingleses GARY SLAPPER e DAVID KELLY, o reexame judicial é um exercício delicado e necessariamente traz o Judiciário para a arena política, usando a palavra política em seu sentido amplo e apartidário, exigindo extremo equilíbrio e ponderação, como na presente hipótese, para garantir o próprio equilíbrio entre os poderes da República, pois, como destacado pelo antigo juiz decano da Câmara dos Lordes LORD BINGHAM, de Cornhill, em novembro de 2006: “inovação excessiva e aventura judiciais devem ser evitadas. Sem negar o valor ou a legitimidade do desenvolvimento judicial do direito, levado a extremos, tal criatividade judicial pode ela mesma destruir o estado de direito.” (p. 44)

No seu entender, a aplicação vaga de princípios constitucionais para suprir as lacunas constitucionais, como o princípio republicano, se prestam quase como cláusulas abertas para a atividade criativa dos juízes, sem o respaldo da técnica. Asseverou que a atividade interpretativa dos juízes deve limitar-se à solução de problemas apresentados no processo e não se expandir na solução de problemas das instituições jurídicas e do sistema de separação dos poderes.

Por fim, abrindo divergência ao voto do relator, entendeu pela procedência da ação, afastando a aplicação de qualquer das medidas cautelares diversas da prisão aos parlamentares. O ministro restou vencido quanto ao ponto, votando pela necessidade de remessa dos autos à respectiva casa legislativa em caso de suspensão do exercício do mandato para resolução da medida, afirmou ser inaplicável a prisão preventiva aos parlamentares.

2.5 MINISTRO CELSO DE MELLO

O ministro abriu seu voto ressaltando a importância da separação dos poderes e a sua harmonia e independência, na forma do art. 2º, da CF, devendo os poderes manterem relação de respeito à incumbência funcional de cada um, cooperando para o regular exercício de cada função, afirmou que cumpre a todos “**reconhecer a soberania da Constituição e a supremacia da ordem político-jurídica nela plasmada**”.

Asseverou que a necessidade de remessa dos autos à respectiva casa do parlamentar somente deve ocorrer nos casos expressamente previstos na Constituição, pois esta seria a única hipótese de proteção ao mandato parlamentar, não podendo haver extensão sob pena de prejuízo ao postulado republicano:

O mecanismo de “checks and balances”, devidamente institucionalizado no texto de nossa Lei Fundamental, já prevê as situações excepcionais em que, pelo exercício de funções atípicas ou

extraordinárias, legitimar-se-á o controle recíproco ou interorgânico entre os Poderes da República. (p. 213)

No mesmo sentido do entendimento consolidado pelo relator, afirmou que a interpretação constitucional deve proteger a “*própria eficácia* do princípio republicano”, consolidando a posição de que ao Poder Judiciário cumpre concretizar os preceitos previstos na Constituição, em respeito à sua força normativa:

Inegável reconhecer, por isso mesmo, que compete ao Supremo Tribunal Federal, em sua condição indisputável de guardião da Lei Fundamental, interpretá-la e de seu texto extrair, nesse processo de indagação hermenêutica, a máxima eficácia possível, **em atenção e respeito** aos grandes princípios estruturantes **que informam, como verdadeiros vetores interpretativos, o sistema** de nossa Carta Política, **em ordem a fazer prevalecer a força normativa da Constituição, cuja integridade, eficácia e aplicabilidade, por isso mesmo, não de ser valorizados, em face de sua precedência, autoridade e grau hierárquico** (p. 214-215)

O ministro votou pela improcedência da ADI n. 5526, acompanhando o relator, pronunciando a constitucionalidade do afastamento do parlamentar do exercício de suas funções em caso de aplicação de medidas cautelares diversas da prisão e pela aplicabilidade da prisão preventiva, em defesa do postulado republicano.

2.6 MINISTRO DIAS TOFFOLI

O ministro Dias Toffoli partiu da premissa de que o Poder Judiciário não pode ser o responsável por criar tensões entre os poderes ao afastar o procedimento de remessa dos autos para resolução do Poder Legislativo em caso de aplicação de medidas cautelares diversas da prisão aos seus membros, na forma do artigo 53, § 2º, da CF, lembrou a importância de concretização das previsões constitucionais pelo STF, guardião da Constituição, sem interferência na separação dos poderes:

Como ponto de equilíbrio do Estado Democrático de Direito, a Suprema Corte deve ser forte e atuante na concretização e na interpretação dos comandos constitucionais. **Mas a relação independente e harmoniosa entre os Poderes do Estado exige que essa atuação se dê, como exposto, “sem predomínio”. Nem passivismo, nem ativismo exacerbado.** (fl. 129)

Em seu voto, defendeu que o entendimento do relator, que afastou o procedimento de remessa no caso de aplicação de medidas cautelares diversas da prisão,

alocaria um poder acima do outro, o que não se poderia admitir, sendo necessária uma posição intermediária que não permitisse o poder Judiciário prevalecer sobre o Poder Legislativo.

Chegou a conclusão que o entendimento mais razoável seria o de que todas as medidas cautelares diversas da prisão que importem o afastamento do mandato, assim como a prisão em flagrante (art. 53, § 2º, da CF), deveriam ser sabatinadas pela respectiva casa legislativa, reforçando o posicionamento de que a Constituição previu a única hipótese de suspensão do mandato parlamentar, no caso de prisão em flagrante e nela previu o procedimento de remessa dos autos, devendo tal medida ser aplicável também ao caso de medidas cautelares, afastando absolutamente, por fim, a aplicação de prisão preventiva aos parlamentares.

Por fim, julgou procedente a ADI 5526, nos exatos termos do voto divergente do ministro Alexandre de Moraes, consolidando a necessidade de remessa dos autos à casa do parlamentar sempre que implicar em afastamento do mandato.

2.7 MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO

O ministro Luís Roberto Barroso iniciou o seu voto apontando que “a interpretação jurídica, e menos ainda a interpretação condicional, ela não se dá fora da realidade, ela se dá dentro do mundo e dentro de um específico contexto sobre o qual a nossa interpretação deseja incidir.” (p. 70).

No entender do ministro, o ativismo judicial, principalmente em matéria constitucional, tem espaço apenas em algumas situações problema apresentadas, como no caso de se proteger a “moralidade administrativa ou decência política, como o Supremo fez no caso da proibição do nepotismo.” (p. 86-87). Lembra, ainda, que a regra na atuação do Poder Judiciário é a autocontenção.

Por fim, apontou o clamor social por integralidade e patriotismo, não podendo o país ser fundado na desonestidade: “Poder judiciário tem um papel importante na mudança de paradigma, dentro da constituição.” (fl. 87)

Votou pela improcedência da ação, acompanhando o relator Edson Fachin, pela possibilidade de aplicação das medidas cautelares diversas da prisão ao cautelar, sem a necessidade de consulta da respectiva casa legislativa, afirmando a plena aplicabilidade da prisão preventiva.

2.8 MINISTRA ROSA WEBER

De início, a ministra Rosa Weber asseverou a importância da separação dos poderes na garantia dos direitos constitucionais, devendo serem legitimamente extraídas do próprio texto constitucional as interpretações possíveis na ADI n. 5526. Afirmou que “a hermenêutica jurídica não tem os olhos vedados para os desenhos institucionais afirmados na constituição.” (p. 92).

Afirmou que só se poderia falar em violação ao postulado da separação dos poderes, caso prevalecesse a posicionamento de remessa dos autos à respectiva casa do parlamentar, em patente submissão do Poder Judiciário ou Poder Legislativo, sem previsão constitucional, nesse sentido:

Acresço, por fim, que submeter ato que é próprio do Poder Judiciário – no que importa, aqui, a imposição de medidas cautelares pessoais diversas da prisão – ao escrutínio de outro Poder, no caso o Legislativo, à revelia de qualquer comando constitucional a respeito, é que implicaria, com a devida vênia, corromper o equilíbrio do delicado sistema de separação entre os Poderes. E isso porque, reitero à exaustão, tais medidas alternativas com prisão não se confundem e, portanto, não sofrem a incidência do art. 53, § 2º, da Carta Política. (p. 103)

Finalizou seu voto julgando improcedentes os pedidos elencados na ação, acompanhando, por consequência, o relator Edson Fachin, afastando o procedimento do art. 53, § 2º, da CF, ao caso de aplicação de medidas cautelares diversas da prisão aos parlamentares e consolidando a plena aplicação da prisão preventiva.

2.9 MINISTRO LUIZ FUX

O ministro Luiz Fux não fez considerações sobre o instituto da separação dos poderes, lastreou sua decisão na competência judicial dentro da fase da instrução processual até o oferecimento da denúncia, não podendo o Poder Legislativo se imiscuir em tal atribuição.

O ministro Luiz fux Acompanhou o relator Edson Fachin no sentido de julgar improcedente a ação, aplicáveis as medidas cautelares diversas da prisão e a prisão preventiva.

2.10 MINISTRO GILMAR MENDES

O ministro Gilmar Mendes não adentrou as questões relacionadas à separação dos poderes, limitando seus fundamentos apenas à questão de imunidade dos parlamentares e à proteção do exercício do seu mandato.

Votou pela procedência total da ação, acompanhando o voto divergente do ministro Alexandre de Moraes.

2.11 MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI

O ministro Ricardo Lewandowski não fez grandes considerações sobre a teoria da separação dos poderes.

Com base na proteção do mandato parlamentar, asseverou a possibilidade de aplicação das medidas cautelares diversas da prisão aos parlamentares, impondo o envio dos atos, em 24 horas, para resolução da questão, por maioria de seus membros, e afastou a aplicação de prisão preventiva, ressaltando que a única hipótese constitucional de prisão do parlamentar é no caso de prisão em flagrante.

Julgou parcialmente procedente o pedido inicial, acompanhando o voto divergente do ministro Alexandre de Moraes.

2.12 MINISTRO MARCO AURÉLIO

De plano, o ministro afirma que o STF não pode fazer tudo, pois também “está submetido à Constituição Federal”, teceu amplas considerações sobre a proteção da imunidade parlamentar, fez interpretação sistemática do ordenamento jurídico em relação ao instituto.

Julgou prejudicada a ação por entender que são inaplicáveis os preceitos do art. 319 do CPP, que prevê as medidas cautelares diversas da prisão, aos parlamentares.

3 ANÁLISE DOS VOTOS DOS MINISTROS

A obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais prevista no art. 93, IX, da CF permite que o jurisdicionado exercite o controle de adequação e eficiência das decisões proferidas. Trata-se, pois, de regular exercício de fiscalização das decisões, elemento essencial para o aprimoramento das instituições e a defesa dos interesses das partes.

A ideia é a de que a transparência das premissas e fundamentos que formaram a convicção do magistrado estejam em evidência para que as partes, a instância revisional e os próprios órgãos de fiscalização do judiciário (CNJ) possam exercer o *accountability* das manifestações judiciais, como leciona José Rodrigo Rodriguez:

Além disso, ao explicitar suas razões de decidir, tais instituições submetem a si mesmas ao controle da esfera pública. Pode-se criticá-las, discordar delas e cobrar posicionamentos semelhantes em casos semelhantes, mesmo que sem a existência de raciocínios sistemáticos na fundamentação. É possível criar padrões decisórios mesmo sem justificação nos padrões dogmáticos tradicionais. Afinal, a sistematização pode ser feita a partir dos casos e não das leis. É possível afirmar que determinados argumentos, levados em conta em um caso específico, devam ser levados em conta em todos os casos semelhantes. (2015, p. 76)

O principal problema de pesquisa deste trabalho é a análise da decisão do STF no âmbito da ADI 5526 em face do seguinte questionamento: teria o Tribunal atuado de maneira proativa, em manifesta conduta ativista, ao integrar o texto constitucional, no sentido de estender o procedimento de remessa dos autos à respectiva casa legislativa, sempre que implicar em afastamento do mandato, também em caso de aplicação das medidas cautelares diversas da prisão aos parlamentares?

Para o correta desenrolar da questão, é necessário salientar que o STF afastou a aplicação da prisão preventiva aos parlamentares, ponto que não será abordado neste debate.

Luis Roberto Barroso afirma que o ativismo judicial “é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance.” (2009, p. 6).

Do conceito, é possível se extrair os vetores necessários para a verificação da existência de ativismo judicial ou não na decisão da Corte Constitucional, quais sejam, (a) a existência de lacuna constitucional; (b) a adoção de solução integrativa, via

interpretação constitucional, que resulte em enunciado criativo de norma e (c) a extrapolação da competência originária do Poder Judiciário.

A lacuna constitucional configura-se quando “certo problema, que deveria ter solução constitucional, a não tem explícita na Constituição” (CANOTILHO, 1991, p. 58). No caso em debate, a constituição previu apenas a necessidade de remessa dos autos à respectiva casa do parlamentar quando haja prisão em flagrante de crime inafiançável (art. 53, § 2º, da CF), não se manifestando quanto às demais modalidades de restrição do exercício parlamentar, como a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão.

À mingua de disposição expressa, a lacuna é evidente e exige a integração por parte do órgão julgador, na omissão do legislador. Ressalta-se que este primeiro elemento, a existência de lacuna constitucional, é a causa apresentada neste trabalho para justificar o ativismo judicial, pois o movimento pode partir de decisões que determinam a aplicação de políticas públicas não consolidadas pelo Poder Executivo e da própria interpretação contrária ao previsto pelo legislador, situações estranhas ao debate exposto.

O segundo elemento, a criação de enunciado de norma em decorrência da interpretação constitucional, exige que o Poder Judiciário crie enunciado, não explícito no texto constitucional, que integre a lacuna existente, evidenciando norma jurídica que resolverá a questão posta.

O entendimento que prevaleceu na sessão de julgamento foi o de interpretação extensiva do texto constitucional, ampliando a regra prevista no art. 53, § 2º, da CF, para outras hipóteses de aplicação, como no caso em debate, consolidando a necessidade de remessa dos autos à respectiva casa do parlamentar sempre que culmine no afastamento do mandato também no caso das medidas cautelares.

O uso da técnica de interpretação extensiva busca integrar o texto constitucional ampliando o raio de abrangência do dispositivo, sem extrapolar a previsão literal, como afirma Helena Diniz (2000, p. 179):

A interpretação extensiva desenvolve-se em torno de uma norma para nela compreender casos que não estão expressos em sua letra, mas que nela se encontram, virtualmente, incluídos, atribuindo assim à lei o mais amplo raio de ação possível, todavia sempre dentro de seu sentido litera.

Ao contrário da analogia que é “auto-integrativo do direito e não interpretativo, no sentido de que não parte de uma lei aplicável ao fato, porque esta não existe” (DINIZ, 2000, p. 180), hipótese diferente do caso em análise, pois a norma existe, apenas teve seu campo de atuação abrangido.

Ao se utilizar da técnica de interpretação extensiva, o Poder Judiciário não externa nenhuma inovação ou mesmo criação de enunciado de norma, em verdade, apenas adota conceito pré-existente limitado e amplia sua aplicação a situação jurídica omissa que lhe é posta, desse modo, não há como se ver verificado o segundo elemento para configuração do ativismo judicial já que, para que isso acontecesse, a interpretação deveria criar conceito que a norma não previu, pela não necessidade de adoção da medida do art. 53, § 2º, da CF, situação apta a estabelecer norma jurídica de efeitos concretos.

Os próprios fundamentos apresentados pelos ministros vencedores demonstram que a interpretação partia, além da ampliação da aplicação da norma, da própria proteção a intenção do legislador constituinte de não criar outros permissivos a restrição do mandato parlamentar, em proteção a soberania popular, nesse sentido, a Ministra Carmén Lúcia:

O Poder Constituinte originário normatizou a necessidade de resguardo do mandato parlamentar em casos nos quais medidas de qualquer dos outros poderes poderiam coibir ou anular, ainda que de forma branca, não rotulada e direta, o livre exercício da representação popular.

Ponto também levantado pelo Ministro Marco Aurélio:

A imunidade não inviabiliza a persecução criminal, tampouco impede a prisão, mas, sim, estabelece limites rígidos a serem observados visando a plena atividade parlamentar. Limita a possibilidade de supressão do exercício do direito de ir e vir, viabilizando-a apenas quando verificado flagrante de crime inafiançável.

Além disso, a leitura emprestada pelo STF partiu de uma construção objetivista do direito, entendendo a norma como detentora de completude e essencialidade que não cumpre ao intérprete modular:

A tese básica da corrente objetivista gira, no dizer de Karl Engisch, ao redor da lei, do texto, “da palavra que se fez vontade”. A lei que se desprende do legislador não só se formula como adquire autonomia para seguir com seu conteúdo um curso autônomo, amoldando-se, na totalidade e unidade do sistema jurídico, àquelas exigências impostas segundo as circunstâncias e as necessidades do processo de evolução do direito. Entendem os adeptos do método objetivista que “a lei é mais sábia que o legislador” e que a chamada vontade do legislador, de que fazem tanto cabedal os subjetivistas, outra coisa não é senão a lei publicada. (BONAVIDES, 2014, p. 464)

Quanto ao terceiro elemento, a extrapolação da competência originária do Poder Judiciário, é uma decorrência lógica do segundo elemento, pois exige que o intérprete crie o enunciado normativo a fim de locupletar a norma, competência que naturalmente cumpriria ao Poder Legislativo na edição de emendas constitucionais aptas a corrigirem a lacuna constitucional, em observância do instituto da separação dos poderes.

Fica igualmente claro que o requisito não está presente na posição vencedora no plenário do STF, pois o entendimento consolidado em sessão partiu da utilização de instituto devidamente previsto no ordenamento jurídico pátrio, qual seja, a analogia, que apenas permite o empréstimo de disposição legal para a integração de lacuna, sem qualquer conteúdo criativo.

Em verdade, busca-se a ferramenta justamente com o intuito de manter a competência originária do Poder Legislativo intocável, pois completa o texto constitucional com a exata medida adotada pelo legislador em caso semelhante.

Dessa forma, defenderam os ministros a necessidade de respeito à separação dos poderes e, em especial, de proteção à harmonia entre as funções, pois cada poder instituído recebeu por incumbência a atuação em determinada função pública, não podendo os demais interferirem em sua atuação legítima. Nas palavras da Ministra Cármen Lúcia:

Um poder não se impõe sobre outro de modo a enfraquecê-lo, juridicamente, ou mesmo esvaziá-lo. Há de se assegurar o controle do estrito compromisso e a restrição de competência de cada qual dos poderes segundo o constitucionalmente determinado, tendo-se, então, o equilíbrio e a legalidade responsável do exercício das funções conferidas a cada qual. (p. 6)

Assim, conclui-se que a posição adotada pelo STF não pode ser configurada como ativismo judicial, por falta dos elementos essenciais para tal reconhecimento, tratando-se de mera conduta interpretativa analógica.

Ao contrário, se olharmos para os fundamentos adotados pelos ministros vencidos e para a própria conclusão que adotaram, é possível que cheguemos a posição diversa, revelando o ativismo judicial e a presença de seus elementos.

Para os ministros vencidos, a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão que importem no afastamento do parlamentar não deveria seguir o procedimento do art.

53, § 2º, da CF, devendo a eficácia da decisão ser imediata, sem a necessidade de remessa a respectiva casa legislativa para resolução da medida.

Partiram do entendimento de que o silêncio do legislador constituinte quanto às demais modalidades de afastamento do mandato parlamentar era eloquente, justamente em proteção ao princípio republicano e a igualdade, não cabendo ao intérprete alargar as hipóteses de aplicação, pois o próprio texto constitucional as teria limitado à previsão do art. 53, § 2º, da CF, cabível apenas no caso de flagrante de crime inafiançável.

O principal elemento orientador dos ministros foram as diretrizes do princípio republicano, no sentido de limitar as imunidades parlamentares ao mínimo possível e não as alargar via interpretação, como ressaltado pelo ministro relator Edson Fachin:

O princípio republicano encontra, na proibição de tratamentos discriminatórios e na vedação da instituição de privilégios odiosos, uma de suas mais importantes emanções. Não à toa, o art. 19 da Constituição da República, densificando-o, **veda** “à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) III - **criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si**”.

Cuida-se, portanto, de princípio normativo vinculante e informador do caminho hermenêutico a ser percorrido pelo intérprete na aplicação das normas constitucionais. (Grifo do autor)

Ora, a existência de lacuna constitucional no caso é evidente, como ressaltado alhures, resta se verificar a configuração dos dois últimos vetores para a confirmação da conduta ativista.

Ao entenderem pela desnecessidade de remessa dos autos à respectiva casa legislativa para medida resolutiva quanto ao afastamento do mandato, os ministros vencidos na sessão plenária criaram enunciado normativo, mesmo que de modo negativo pela desnecessidade de envio, entendendo por afastar a exigência do art. 53, § 2º, da CF, e consolidando a eficácia imediata da decisão judicial que aplica ao parlamentar medidas cautelares diversas da prisão.

Na verdade, extraem do texto constitucional, em especial do princípio republicano, entendimento que consagra a responsabilidade do gestor público no trato da coisa pública, integrando o texto constitucional de modo inovatório e não linear, acatando os demais elementos, como a ineficiência do Poder Legislativo, o corporativismo e o patrimonialismo na máquina pública para confirmarem sua decisão.

Logo, fica evidente que, mesmo que por determinação de não remessa, o STF cria enunciado de norma não previsto no texto constitucional em decorrência de sua

atividade interpretativa, pois o entendimento tem o condão de modificar a situação jurídica atual e orientar as que surgirem.

Por fim, analisando a existência do terceiro elemento, ao enunciar entendimento normativo decorrente de interpretação constitucional, o STF adentra a competência originária do Poder Legislativo, que se omitiu na tarefa de locupletar o texto constitucional.

Em resumo, vê-se configurado o ativismo judicial no posicionamento vencido na sessão de julgamento. O que se passará a defender é a tese de que está posição tem o condão de efetivar o texto constitucional de maneira que a posição analógica vencedora não teve.

Isso posto, vale ressaltar o entendimento firmado por José Joaquim Gomes Canotilho, de que “a Constituição impõe que seja a partir dos critérios e das soluções acolhidas nela própria que se integram os problemas lacunosos, seja mediante recurso à analogia, seja por apelo aos princípios gerais” (1991, p. 58).

O jurista afirma que a integração do texto constitucional deve seguir um dos dois caminhos: o uso da analogia, e essa foi a posição vencedora no STF, ou o locupletamento por meio dos princípios gerais, posição vencida que ressaltava a aplicação do princípio republicano.

Ocorre que a utilização de princípios gerais, mais especificamente do princípio republicano, permite que o intérprete adote uma posição evolutiva compatível com a realidade social que lhe é apresentada, garantida a evolução da constituição a fim de concretizar os preceitos ali previstos, nesse sentido o professor Luís Roberto Barroso:

[...] a efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social.” (Barroso, 1993, p. 79).

E esse é essencialmente o papel dos princípios, que servem a otimização das normas jurídicas, atualizando-as e permitindo a mudança de seu entendimento e alcance sem a necessidade de enfretamento do processo legislativo de reforma, nas palavras de Robert Alexy, princípios “são mandados de um determinado tipo, é dizer, mandados de otimização. Mandados pertencem ao âmbito deontológico.” (2011, p. 112).

No mesmo sentido afirma Paulo Bonavides (2011, p. 255), para quem os princípios:

[...] são o oxigênio das Constituições na época do pós-positivismo. É graças aos princípios que os sistemas constitucionais granjeiam a unidade de sentido e auferem a valoração de sua ordem normativa.

O princípio republicano, nestes moldes, permite que o exercício interpretativo seja influenciado pela ideia de responsabilidade dos parlamentares, voltando-se a clássica disposição de que o poder emana do povo, seu real destinatário (art. 1º, parágrafo único, da CF):

A simples menção ao termo república já evoca um universo de conceitos, intimamente relacionados entre si, **sugerindo a noção** do princípio jurídico que a expressão quer designar. **Dentre tais conceitos, o de responsabilidade é essencial.** (ATALIBA, 1985, p. 38. Grifo do autor)

Logo, a tese que se defende é a de que a posição vencida, da desnecessidade de remessa dos autos à respectiva casa do parlamentar em caso de aplicação de medidas cautelares que ocasionem o afastamento do mandato, levou em consideração fatores importantes no trato da matéria, como a efetividade dos preceitos constitucionais e a relevância dos princípios, que não foram observados pelos ministros que adotaram a posição vencedora.

Além da própria proteção ao princípio republicano (art. 34, VII, da CF), deve-se ter em mente a concretização dos direitos fundamentais, como o direito a uma administração pública proba e responsável e o direito à transparência da coisa pública, de modo que também estes preceitos devem ser levados em conta na integração do texto constitucional.

Nesse sentido, a professora Cristine Peter (2015, p. 70) ressalta a importância da mudança de paradigma na interpretação do texto constitucional, destacando a supremacia que a Constituição passou a ter sobre as decisões de poder, com base na própria efetivação dos direitos fundamentais:

É uma realidade que o intérprete da norma jurídica seja levado a resolver questões de imprecisão e incertezas das normas, pois que ele deve preencher as lacunas, precisar as nuances e esclarecer as ambiguidades.³³ E quando se está diante de normas constitucionais, esta tarefa ganha dimensão de construção de sentidos constitucionais, o que, no caso dos direitos fundamentais, é a própria definição do âmbito de proteção desses direitos.

O julgador deve, dessa maneira, interpretar a norma constitucional levando em consideração a ordem de proteção dos direitos fundamentais, buscando reafirmar a sua aplicação e fazer irradiar seus preceitos por todo o ordenamento jurídico, de modo a garantir a força normativa da Constituição, pois esta “logra converter-se, ela mesma, em força ativa [...] Daí resultam também os pressupostos que permitem à Constituição desenvolver de forma ótima a sua força normativa.” (MENDES, 2009, p. 5).

Nestes moldes, cumpre ao julgador intérprete, ao buscar a concretização dos direitos fundamentais dos cidadãos, alargar os métodos interpretativos para além das fontes clássicas, adotando o pluralismo de métodos de interpretação do texto constitucional, em especial, levando em consideração a ordem principiológica na concretização dos direitos fundamentais, nesse sentido Cristiane Peter (2015, p. 69):

No Estado de direitos fundamentais, o ordenamento jurídico requer do intérprete da Constituição uma atitude aberta, que substitua o monopólio das fontes jurídico-estatais pelo pluralismo metódico.²⁸ Isso para que existam e se consolidem estratégias e instrumentos para enfrentar os problemas das comunidades para onde se projetam as normas constitucionais jusfundamentais. Interpretar a norma constitucional é atribuir um significado a um ou vários símbolos linguísticos escritos na Constituição com o fim de se obter uma decisão de problemas práticos.

Logo, afastar a aplicabilidade do procedimento de remessa dos autos ao Poder Legislativo, no caso de condenação do parlamentar em medidas cautelares diversas da prisão, permitiria a efetivação do direito fundamental a uma administração pública proba, calcada na responsabilidade do administrador público com a coisa pública, na forma do art. 34, VII, “a”, da CF, pois o corporativismo e os problemas de ordem moral do Poder Legislativo surgem como entraves a regular responsabilização do agente público.

Essa medida, por certo, também permitiria proteção ao direito de representação do povo, na forma do art. 1º, parágrafo único, da CF, buscando garantir que os interesses dos representados estejam realmente sendo tutelados pelos detentores de poder.

Ainda nesse viés, deve-se ressaltar que as forças políticas detém dinamicidade não observada nas normas jurídicas, pois estas últimas são resultado de processo de construção histórico, posto num instrumento jurídico formal denominado Constituição, nesse sentido, “As forças políticas movem-se consoante suas próprias leis, que atuam independentemente das formas jurídicas” (HESSE, 2009, p. 124).

Todavia, as Constituições possuem caráter eminentemente político e essa dicotomia revela uma tensão existente entre a realidade jurídica e a realidade fática objeto de normatização, dessa forma, as mudanças políticas, sociais e econômicas devem ser consideradas pelo julgador na integração do texto constitucional.

Logicamente, não pode uma Constituição levar em consideração apenas os preceitos fáticos de uma sociedade, assim como não pode limitar-se apenas as normas jurídicas previstas, em proteção a um Estado positivista, pois, em tal contexto, a norma política seria mera texto, sem eficácia real com o mundo dos fatos, como ressaltou Konrad Hesse:

Com essas assertivas, logrou Humboldt explicitar os limites da força normativa da Constituição. Se não quiser permanecer “eternamente estéril”, a Constituição – entendida aqui como “Constituição jurídica” – não deve procurar construir o Estado de forma abstrata e teórica. Ela não logra produzir nada que já não esteja assente na natureza singular do presente (individuelle Beschaffenheit der Gegenwart). Se lhe faltam esses pressupostos, a Constituição não pode emprestar “forma e modificação” à realidade; onde inexiste força a ser despertada – força esta que decorre da natureza das coisas – não pode a Constituição emprestar-lhe direção; se as leis culturais, sociais, políticas e econômicas imperantes são ignoradas, a Constituição carece do imprescindível germe de sua orça vital. A disciplina normativa contrária a essas leis não logra concretizar-se. (2009, p. 131)

Assim, entre os fundamentos adotados pelos ministros no âmbito da ADI 5526, deveriam ser considerados problemas de ordem social e político que teriam o condão de afastar a necessidade de remessa dos autos à respectiva casa do parlamentar, pois os problemas constatados no Poder Legislativo, atinentes à distorção da função legislativa, implicam a ineficiência de qualquer processo que busque a regular responsabilização do agente público.

Dentre as possíveis causas, como leciona Roberto Barroso, poderia se pensar nas “situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.” (2015, p. 6)

Por fim, apenas com o intuito de endossar o posicionamento no sentido da posição vencida, ressalta-se a importância de que os fundamentos utilizados em julgamentos anteriores pela corte constitucional sirvam de instrumento de controle das decisões judiciais, pois os fundamentos que sustentam a decisão formam um sistema que repercute nas demais decisões do STF, garantindo a segurança jurídica do jurisdicionado,

além de transparência dos elementos utilizados no voto, nesse sentido, José Rodrigo Rodriguez:

Além disso, ao explicitar suas razões de decidir, tais instituições submetem a si mesmas ao controle da esfera pública. Pode-se criticá-las, discordar delas e cobrar posicionamentos semelhantes em casos semelhantes, mesmo que sem a existência de raciocínios sistemáticos na fundamentação. É possível criar padrões decisórios mesmo sem justificação nos padrões dogmáticos tradicionais. Afinal, a sistematização pode ser feita a partir dos casos e não das leis. É possível afirmar que determinados argumentos, levados em conta em um caso específico, devam ser levados em conta em todos os casos semelhantes. (2015, p. 76)

Destarte, a consonância dos fundamentos adotados pela corte em casos assemelhados repercute nos julgados futuros, criando uma trilha interpretativa, sem que isso implique a impossibilidade de mudança de posicionamento pela corte. A título de exemplo, ressalta-se o posicionamento adotado na HC 89.417, em que os ministros determinaram o afastamento do parlamentar do mandato em razão da gravidade da situação política perpetrada, sem necessidade de pronunciamento da casa do parlamentar, afastado o preceito do art. 53, § 2º da CF:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO DECRETADA EM AÇÃO PENAL POR MINISTRA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DEPUTADO ESTADUAL. ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DA AUTORIDADE COATORA E NULIDADE DA PRISÃO EM RAZÃO DE NÃO TER SIDO OBSERVADA A IMUNIDADE PREVISTA NO § 3º DO ART. 53 C/C PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 27, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. COMUNICAÇÃO DA PRISÃO À ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO À ESPÉCIE DA NORMA CONSTITUCIONAL DO ART. 53, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. [...] Os elementos contidos nos autos impõem interpretação que considere mais que a regra proibitiva da prisão de parlamentar, isoladamente, como previsto no art. 53, § 2º, da Constituição da República. Há de se buscar interpretação que conduza à aplicação efetiva e eficaz do sistema constitucional como um todo. A norma constitucional que cuida da imunidade parlamentar e da proibição de prisão do membro de órgão legislativo não pode ser tomada em sua literalidade, menos ainda como regra isolada do sistema constitucional. Os princípios determinam a interpretação e aplicação corretas da norma, sempre se considerando os fins a que ela se destina. A Assembléia Legislativa do Estado de Rondônia, composta de vinte e quatro deputados, dos quais, vinte e três estão indiciados em diversos inquéritos, afirma situação excepcional e, por isso, não se há de aplicar

a regra constitucional do art. 53, § 2º, da Constituição da República, de forma isolada e insujeita aos princípios fundamentais do sistema jurídico vigente. 3. Habeas corpus cuja ordem se denega. (HC 89417, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 22/08/2006, DJ 15-12-2006 PP-00096 EMENT VOL-02260-05 PP-00879).

No mesmo sentido, o entendimento consolidado no âmbito da AC 4.070, que mitigou o exercício do mandato parlamentar, aplicando medida cautelar diversa da prisão, sem necessidade de manifestação da respectiva casa legislativa, em proteção da dignidade da casa legislativa:

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSÃO DO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO (ART. 319, VI, DO CPP), A ABRANGER TANTO O CARGO DE PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS QUANTO O MANDATO PARLAMENTAR. CABIMENTO DA PROVIDÊNCIA, NO CASO, EM FACE DA SITUAÇÃO DE FRANCA EXCEPCIONALIDADE. COMPROVAÇÃO, NA HIPÓTESE, DA PRESENÇA DE MÚLTIPLOS ELEMENTOS DE RISCOS PARA A EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO CRIMINAL E PARA A DIGNIDADE DA PRÓPRIA CASA LEGISLATIVA. ESPECIFICAMENTE EM RELAÇÃO AO CARGO DE PRESIDENTE DA CÂMARA, CONCORRE PARA A SUSPENSÃO A CIRCUNSTÂNCIA DE FIGURAR O REQUERIDO COMO RÉU EM AÇÃO PENAL POR CRIME COMUM, COM DENÚNCIA RECEBIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, O QUE CONSTITUI CAUSA INIBITÓRIA AO EXERCÍCIO DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. DEFERIMENTO DA MEDIDA SUSPENSIVA REFERENDADO PELO PLENÁRIO. (AC 4070 Ref, Rel. Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, DJe 21-10-2016)

Logo, a conduta ativista por parte do STF, na integração do texto constitucional, no caso em debate, seria a solução mais acertada, já que seria capaz de concretizar os preceitos constitucionais e manteria a trilha jurisprudencial da corte no mesmo sentido.

CONCLUSÃO

Da exposição dos votos dos ministros, pode-se concluir que não houve ativismo judicial por parte do STF na análise da ADI n. 5526.

O entendimento que prevaleceu na sessão de julgamento foi o de que a exigência do art. 53, § 2º, da CF, de remessa dos autos a respectiva casa parlamentar para resolução ou não da prisão, deve ser aplicado ao caso de decisão que aplique medidas cautelares diversas da prisão que interfiram no exercício do mandato, em evidente uso da analogia como instrumento de integração da lacuna constitucional.

Para que o posicionamento pudesse ser configurado como ativismo judicial deveriam estar presentes os seguintes vetores: (a) a existência de lacuna constitucional; (b) a adoção de solução integrativa, via interpretação constitucional, que resulte em enunciado criativo de norma e (c) a extrapolação da competência originária do Poder Judiciário.

Observa-se que a decisão do STF afastou qualquer discussão quanto à criação de enunciado criativo apto a completar a lacuna existente e estabelecer situação jurídica que resolvesse a matéria, pois se utilizou de técnica de interpretação extensiva ampliando a abrangência de disposição normativa já existe para outra hipótese de afastamento do mandato parlamentar, prisão em flagrante, alargando a abrangência do requisito do art. 53, § 2º, da CF.

O uso da interpretação extensiva é mera técnica de interpretação constitucional que respeita a separação dos poderes e as suas respectivas funções, sem que haja qualquer inovação por parte do julgador. Não configurado, portanto, o ativismo judicial na decisão da ADI n. 5526.

Entretanto, ao decidir em tal sentido, o STF desconsiderou a necessidade de evolução e compatibilidade das normas constitucionais em consonância com a realidade social, o que poderia ser alcançado com a utilização dos princípios constitucionais.

A posição dos ministros vencidos, por exemplo, partiu das diretrizes do princípio republicano para consolidar a desnecessidade de remessa dos autos a respectiva casa legislativa, considerando que o envio dos autos implicaria em prejuízo ao referido princípio, por implicar em impedimento à responsabilização do agente público, levando em consideração os problemas de cunha moral e corporativista do Congresso Nacional.

Além disso, os ministros consideraram que a responsabilização do gestor público decorre diretamente do próprio conceito de república e do princípio republicano decorrente, afirmando que a remessa dos autos causaria prejuízo imensurável a ideia de responsabilidade pública.

Nesse sentido, o posicionamento vencido levou em consideração outros fatores não considerados pela decisão vencedora, o que permitiria a atualização do texto constitucional em face dos novos anseios sociais, como a responsabilização do gestor público e a moralidade no trato da coisa pública, concretizando os preceitos republicanos, além disso, a retração do Poder Legislativo e corrupção generalizada, foram elementos que influenciaram os votos dos ministros.

Neste caso, adotar posição no sentido da desnecessidade de remessa dos autos à respectiva casa do parlamentar configuraria ativismo judicial por parte do STF, pois os ministros estariam criando enunciado de norma negativo no sentido de não remessa dos autos nos casos não previstos na CF, justamente em razão da concretização do texto constitucional.

Por fim, ressalta-se que o ativismo judicial deve ser comedido, não se defendendo aqui a ampliação do movimento, todavia, ao se tratar de questões de caráter eminentemente político e que envolvam a observância de princípio basilar do ordenamento jurídico pátrio, a saber, o princípio republicano, defende-se a conduta proativa do STF na integração do texto constitucional.

Em especial, a proteção do próprio Poder Legislativo, pois a adoção de posicionamento no sentido de não encaminhar os autos à respectiva casa legislativa do parlamentar para manifestação afastaria a impunidade do membro da função legislativa, elevando a moralidade do Poder Legislativo e sua respeitabilidade social.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. "The new separation of powers". In: Harvard Law Review, jan. 2000, vol. 113, p. 727.

AFONSO DA SILVA, Virgílio. "UM VOTO QUALQUER"? O PAPEL DO MINISTRO RELATOR NA DELIBERAÇÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS**, [S.l.], v. 1, n. 1, p. 180-200, jan. 2016. ISSN 2447-5467. Disponível em: <<https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/21>>. Acesso em: 13 ago. 2018.

ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p.112

AMARAL, Rafael Caiado. Peter Häberle e a hermenêutica constitucional: *Alcance doutrinário*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. São Paulo: Editora RT, 1985.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 111-147. Disponível em http://www.academia.edu/7784818/Constitucionaliza%C3%A7%C3%A3o_das_pol%C3%ADticas_p%C3%BAlicas_em_mat%C3%A9ria_de_direitos_fundamentais._O_controle_pol%C3%ADtico-social_e_o_controle_jur%C3%ADdico_no_esp%C3%A7o_democr%C3%A1tico>. Acesso em 3 de jun. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista da EMERJ*, v. 6, n. 23, 2003. Disponível em <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_25.pdf>. Acesso em: 3 de jun. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 13, jan./mar. 2009. Disponível em <https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em 20 de mai. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>> Acesso em: 05 de out de 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2017.

CHEVITARESE, Aléssia de Barros. A (des)harmonia entre os poderes e o diálogo (in)tenso entre democracia e república. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 500-517.

DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito*. São Paulo: Saraiva, 2000.

DWORKIN, Ronald. O império do direito. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 427.

FERREIRA, Gilmar Mendes; ALMEIDA, Carlos dos Santos; COELHO, Inocencio Martires. Konrad Hesse: *Temas fundamentais de direitos constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

FRANÇOIS RIGAUX. *A lei dos juízes*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GARY SLAPPER, DAVID KELLY. *O sistema jurídico inglês*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: A sociedade aberta dos interpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

HAMILTON, Alexander. O Federalista. "The Federalist Papers", n. 78. P. 63-64. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/17661>. Acesso em 8 de mai. 2018.

HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. Disponível em < <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502139480/cfi/154!4/2@100:0.00> >. Acesso em: 8 de ago. de 2018.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. *Das questões políticas e da possibilidade do controle das políticas públicas pelo poder judiciário*. *Revista Esmafe : Escola de Magistratura Federal da 5a Região*, n. 12, mar. 2007. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/27096/questoes_politicas_possibilidade_controle.pdf Acesso em 2 de mai. de 2018.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2013.

LEMOS, Elianne Christine. O princípio da tripartição dos poderes sob o prisma do Estado democrático de direito. *Revista de Estudos Jurídicos e Sociais - REJUS ONLINE*, [S.l.], v. 1, n. 01, nov. 2017. ISSN 2594-7702. Disponível em: <<http://www.univel.br/ojs/index.php/revista/article/view/14>>. Acesso em: 30 abr. 2018.

LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário*. Brasília, Senado Federal, Conselho Editorial, Supremo Tribunal Federal, 2003.

MACHADO, Mario Brockmann. *Raízes do controle externo do judiciário*. Brasília: Editora Nova Fronteira, 1992.

MENDES MEDEIROS, Fabricio Juliano. Separação de Poderes. De doutrina liberal a princípio constitucional. Brasília a. 45 n. 178 abr./jun. 2008.

MENDES, Clarissa Braga. *Segurança jurídica e justiça das decisões judiciais em matéria constitucional*. 2010. 130 f. Dissertação (Mestrado). Instituto Brasiliense de Direito Público. Brasília. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/148803912/SEGURANCA-JURIDICA> > Acesso em: 16 set. 2018.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. *Do espírito das leis*. São Paulo: Martin Claret, 2010.

NUNES, Ana Luisa Tarter; COUTINHO, Nilton Carlos; LAZARI, Rafael José Nadim de. Políticas públicas e ativismo judicial: o dilema entre efetividade e limites de atuação. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 208-222

NOBRE, Marcos; RODRIGUEZ, José Rodrigo. "Judicialização da política": déficits explicativos e bloqueios normativistas. *Novos estud. - CEBRAP*, São Paulo, n. 91, p. 05-20, Nov. 2011. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002011000300001&lng=en&nrm=iso>. acesso em 24 mai. 2018.

PÁDUA, Thiago Aguiar. A expressão “ativismo judicial”, como um “cliché constitucional”, deve ser abandonada: uma análise crítica sobre as ideias do ministro Luís Roberto Barroso. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 134-168

PETER, Christine Oliveira. Do ativismo judicial ao ativismo constitucional no Estado de direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 62-87.

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

RIVERO, Jean. A modo de síntesis. In: Vários autores. *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. p. 667.

RODRIGUEZ, José Rodrigo, NOBRE, Marcos. "Judicialização da política": Déficit explicativos e bloqueios normativistas. *Novos Estudos CEBRAP*, v. 91, 2011. p. 169. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002011000300001>. Acesso em 18 de mai. 2018.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. O STF não é um Tribunal: *Reflexões sobre poder legislativo a partir de uma decisão polêmica*. 2016. Jota. Disponível em <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-stf-nao-e-um-tribunal-13032016>>. Acesso em 28 de mai. 2018.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?: para uma crítica do direito*. São Paulo: Editora FGV. 1º edição. 2013. Livro eletrônico.

STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; LEPPER, Adriano Obach. O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 51-61. Disponível em <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/3139/pdf>>. Acesso em 17 de mai. 2018.

SILVA, José Afonso da. Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Administrativo da FGV*, 1988. Volume 173. p. 17.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 5ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

Supremo Tribunal Federal. *A constituição e o Supremo: 5º edição*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=11>>. Acesso em: 17 mar. 2018.

Supremo Tribunal Federal. *Glossário Jurídico*. Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/>. Acesso em: 6 mai. 2018.

***Neste sentido, vide ADI 183/MT. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 183-3/MT. Tribunal Pleno. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Assembleia Legislativa do Estado do Mato Grosso. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 07 de agosto de 1997. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14699993/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-183-mt>> Acesso em: 22 abr. 2014.

VIEIRA, Kariny Guedes de Melo. *Superando as críticas: O ativismo judicial, o controle de políticas públicas e a falácia da ilegitimidade do poder judiciário*. EMPEJUD – Encontro de Pesquisas Judiciárias. 2017. Disponível em <<http://enpejud.tjal.jus.br/index.php/exmpteste01/article/view/260/98>>. Acesso em 30 de mai. de 2018.