



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ATIVISMO CONGRESSUAL NO BRASIL: UMA ANÁLISE DA CHAMADA
REAÇÃO LEGISLATIVA À LUZ DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA
SEPARAÇÃO DOS PODERES.

Harmony Loureiro Custódio

Rio de Janeiro
2017

HARMONY LOUREIRO CUSTÓDIO

ATIVISMO CONGRESSUAL NO BRASIL: UMA ANÁLISE DA CHAMADA
REAÇÃO LEGISLATIVA À LUZ DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA
SEPARAÇÃO DOS PODERES.

Artigo científico apresentado como
exigência de conclusão de Curso de
PósGraduação Lato Sensu da Escola da
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.
Professores Orientadores:
Mônica C. F. Areal
Néli L. C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2017

ATIVISMO CONGRESSUAL NO BRASIL: UMA ANÁLISE DA CHAMADA
REAÇÃO LEGISLATIVA À LUZ DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA
SEPARAÇÃO DOS PODERES.

Harmony Loureiro Custódio

Graduada pela Universidade Federal Fluminense – UFF. Residente na Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro – PGERJ. Pós-graduanda em Direito Público e Privado pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - Emerj.

Resumo - O presente artigo busca discutir o chamado Ativismo Congressual, fenômeno em que o Congresso Nacional, por meio de propostas de leis e de Emendas Constitucionais, muda o entendimento sobre algum assunto decidido pelo Supremo Tribunal Federal em sede de Controle de Constitucionalidade Concentrado. Analisar-se-á os modelos de ativismo hoje vigente, apresentando os problemas enfrentados em cada uma das espécies, bem como os casos em que o legislativo atuou de forma ativista, as questões debatidas e suas conclusões para, por fim, discutir se o instituto ora em apreço é capaz de fortalecer o princípio da separação dos poderes. Finalmente, se buscará solucionar as questões debatidas e os problemas eventualmente existentes nessa forma de atuar do Legislativo, que é objeto do presente trabalho.

Palavras-chave - Direito Constitucional; Ativismo Congressual; Reação Legislativa; Superação Legislativa; Ativismo; Controle de Constitucionalidade; Poder Legislativo; Princípio da Separação dos Poderes; Pacto Federativo; Diálogos Institucionais.

Sumário - Introdução. 1. Formas de Ativismo no Brasil: uma análise crítica acerca dos problemas dos modelos atuais. 2. Estudo de casos sobre Superação Legislativa no direito brasileiro: problemas e divergências abordadas. 3. Análise acerca do Ativismo Congressual: remédio ou doença ao Princípio Constitucional da Separação dos Poderes? Teorias e críticas. Conclusão. Referencias.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda o tema do Ativismo Congressual em uma análise acerca da sua contribuição para o não engessamento das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

O tema tem sido frequentemente debatido no Direito Brasileiro, tendo em vista que o Congresso passou a atuar de forma ativista, fenômeno também chamado de reação legislativa, elaborando novos diplomas legais sobre assuntos já julgados pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle de constitucionalidade concentrado.

No entanto, torna-se imperioso entender se esse poder do Congresso Nacional não afetaria o Princípio Constitucional da Separação dos Poderes, já que, de um lado, no caso de lei ordinária, o legislativo estaria praticando verdadeira mutação constitucional, usurpando função típica do Poder Judiciário. E, de outro lado, no caso de emenda à constituição, estaria contrariando entendimento expresso do Supremo Tribunal Federal.

Com isso, o trabalho analisa se tal forma de atuação do Poder Legislativo compromete, em última análise, o Sistema Democrático de Direito, observando as seguintes questões norteadoras: é constitucionalmente saudável que o legislador divirja do judiciário? Esse Ativismo Congressional é inerência do sistema de freios e contrapesos ou constitui distorção do sistema? Esse atuar ativista é qualitativamente positivo?

Para essa abordagem, o presente artigo iniciará o primeiro capítulo buscando definir o que é ativismo, primeiro conceituando o ativismo judicial, a forma tradicional de ativismo tratada pelo direito brasileiro, e, posteriormente, conceituando o objeto do presente estudo: o ativismo congressional.

Após essas necessárias definições, o segundo capítulo tratará dos casos em que o Congresso Nacional atuou de forma ativista, mostrando os problemas enfrentados, bem como os debates ali traçados, bem como se houve êxito ou não em seu intento.

O terceiro capítulo busca entender se a reação legislativa viola o princípio da separação dos poderes ou se constitui instrumento hábil ao não “engessamento” das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade. Busca, ainda, valorá-la como boa ou péssima, na medida em que pode acirrar ou ameniza a tensão dialética entre Poder Judiciário e Poder Legislativo.

O método que se pretende utilizar é o dedutivo, por meio do qual serão abordados os precedentes e debates que levaram à percepção, na prática dos Tribunais Superiores, do fenômeno do ativismo Congressional. Por fim, a pesquisa será realizada por meio de levantamento bibliográfico e pesquisa de compilação doutrinária e jurisprudencial.

1. FORMAS DE ATIVISMO NO BRASIL: UMA ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DOS PROBLEMAS DOS MODELOS ATUAIS.

O ativismo pode parecer, para muitos, uma solução para o problema institucional que se vive no Brasil a respeito da não efetividade dos deveres constitucionais. Até mesmo como uma espécie de lógica reversa ao melhor estilo “chega de ação, queremos

promessas”¹, a postura ativista demonstra, no mínimo, a inquietação peculiar de um cenário de profunda crise institucional como a que se vive hoje.

Experimenta-se, à contragosto, uma constituição notadamente insincera². O sentimento constitucional³ a respeito da “bondade intrínseca da constituição”⁴ e a fé constitucional⁵ já não são mais as mesmas. O ceticismo jurídico⁶ na Constituição impera, sua efetividade se enfraquece e, em determinadas situações, se anula⁷.

As instituições paulatinamente se ruem e a estabilidade do sistema jurídico se compromete. O que antes era tido como uno e indivisível, se vê perigosamente multifacetado e fragmentado. É bem verdade que algo precisa ser feito, mas a que preço? Os fins justificam, mesmo, os meios?

Duas seriam as leituras possíveis. Em uma primeira visão, o ativismo é sinônimo de problema: vale a pena fulminar as bases teóricas e filosóficas que sustentam a harmonia que se espera dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário em troca de uma máxima efetividade da Constituição? Noutra percepção, o abalo das estruturas dos Poderes é meramente aparente: a postura ativista seria cura, ao invés de doença.

É justamente neste contexto que se insere o presente ensaio e, para tal, mostra-se necessário conceituar o instituto já mencionado, para, então adentrarmos no objeto da pesquisa.

Sendo assim, entende-se por ativismo judicial a postura ativa do judiciário em produzir normas ou determinar a execução pela administração pública, extrapolando, na

¹“Chega de ação. Queremos promessas”. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. In Themis: *Revista da ESMEC*, Fortaleza, v. 4, n. 2, p. 13-100, jul./dez. 2006.

² BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 5. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 59-65.

³ Cf., acerca do desenvolvimento da teoria do(s) sentimento(s) constitucional(is), bem como a definição de seus contornos teóricos como modo de integração política, VERDÚ, Pablo Lucas. *El sentimiento constitucional*. Madrid; Reus; 1985, p.53.

⁴ É o que se depreende do texto de V. VERDÚ, Pablo Lucas. *A luta pelo Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.91.

⁵ A fim de aprofundar a apreciação da esperança constitucional cuja crença emana do Texto, cf. SAMPAIO, José Adércio Leite. Democracia, constituição e realidade. In: *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 1, p. 741-823.

⁶ FRANCO, Paulo Fernando de Mello; MATTA, João Lopes de Farias da; MUSSER, Tiago Musser dos Santos. Da Mera Promessa ao Efetivo Cumprimento Do Direito Fundamental à Saúde: A Crise de Identidade da Constituição Insincera. In: A Barriguda. (Org.). *Direito e Saúde: Tratamento Jurídico da Realidade da Saúde no Brasil e Outros Diálogos*. 1ed. João Pessoa - Paraíba: A Barriguda, 2015, v. 1, p. 237-250.

⁷ BACELAR, Jeferson Antonio Fernandes. *A lei de combate à poluição sonora de Belém: estudo de efetividade e federalismo sob uma perspectiva histórico-jurídica*. Dissertação apresentada ao programa de Mestrado da Universidade da Amazônia – UNAMA Belém, 2009.

maior parte das vezes, sua função típica judicante, invadindo, para muitos, a competência de outros poderes.

Os defensores do ativismo jurídico entendem que essa postura proativa visa implementar direitos e garantias fundamentais, não sendo, pois, um problema institucional, mas solução, para momentos em que quaisquer dos outros poderes restam inertes quando deveriam atuar.

A teoria encabeçada pelos defensores de uma postura ativista, menciona que as normas constitucionais consubstanciadas em direitos e garantias fundamentais, por possuírem eficácia imediata, necessitam de efetivação por quem quer que se seja, cabendo, então, ao Judiciário a tarefa de implementá-los nas situações em que os demais poderes, em suas funções típicas, falharem. Para eles, a questão da separação dos poderes não deve ser uma questão quando se está diante de violação a direito fundamental, sendo desimportante a discussão sobre a autoria de sua implementação.

Assim, o ativismo se atrelaria ao fortalecimento do princípio da separação dos poderes, já que efetiva direitos e garantias fundamentais e, por último, fortalece a democracia na medida em que um poder supre as carências de outro.

De outro lado, essa atuação sofre críticas no que tange à uma possível invasão do Poder Judiciário nos poderes Legislativo e Executivo, representando grave violação ao princípio constitucional da separação dos poderes e ao próprio Estado Democrático de Direito, em razão de deflagrar verdadeira crise dos poderes constitucionais.

Com isso, as decisões ativistas do Poder Judiciário não podem ser regra, mas exceção⁸. Sendo assim, imprescindível seria uma forma de não extrapolação das suas funções, conservando a harmonia do sistema democrático que, com o avanço da atuação jurisdicional sobre assuntos de políticas públicas, vem se enfraquecendo, dando ensejo a verdadeira crise institucional.

Ultrapassada essa necessária fase, é preciso compreender o instituto objeto da presente pesquisa, quer seja, o intitulado ativismo congressual, no qual, agora, é o Poder Legislativo quem atua de forma ativista, elaborando diplomas legais sobre temas já discutidos e julgados do Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

⁸ FONSECA, Claudia de Oliveira. *O ativismo judicial e a supremacia legislativa no contexto dos diálogos institucionais*. 2013. Disponível em: <http://periodicos.uesb.br/index.php/cadernosdeciencias/article/viewFile/4801/4599>. Acesso em 15 jun. 2017.

Sabe-se que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concentrado possuem efeitos *erga omnes* e, sendo assim, sujeitam o Poder Judiciário e toda a administração pública, sem, entretanto, sujeitar o Poder Legislativo.

Por não se vincular às decisões, nada impede que o Legislativo se debruce sobre matéria já julgada, quando entender que as situações fáticas que motivaram a decisão outrora julgada já se modificaram.

Por um lado, conforme delimitou o próprio STF⁹, para não ser novamente declarada inválida, no caso da lei ordinária, o Congresso terá que demonstrar que as premissas pelas quais o STF se fundou ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei não mais subsistem. A invalidação de emendas Constitucionais, por outro lado, terá blindagem maior, tendo em vista que só poderão ser rechaçadas se violarem cláusula pétrea, conforme se depreende do art.60, §4º da CRFB.

Entende-se que, no caso de lei ordinária, o legislativo estaria praticando verdadeira mutação constitucional¹⁰, usurpando função típica do Poder Judiciário. Já em relação às emendas à constituição, o legislativo estaria contrariando entendimento expresso do Supremo Tribunal Federal.

Portanto, torna-se imperioso entender se esse poder do Congresso Nacional não afetaria o Princípio da Separação dos Poderes, consagrado no art.2º da Constituição da República ou se, por outro lado, fortaleceria tal princípio, pela mesma razão defendida por aqueles que se filiam ao ativismo judicial.

2. ESTUDO DE CASOS SOBRE SUPERAÇÃO LEGISLATIVA NO DIREITO BRASILEIRO: PROBLEMAS E DIVERGENCIAS ABORDADAS.

Há, no Direito Brasileiro, alguns casos em que o Poder Legislativo elaborou diplomas legais, tanto com status de lei ordinária, quanto de Emenda Constitucional, superando decisão emanada pelo Supremo Tribunal Federal em Ação Direta de Inconstitucionalidade ou Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

⁹BRASIL.STF.*Informativon*º801.Disponívelem:<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo801.htm>. Acesso em 17 jun. 2017.

¹⁰ Cujo conceito coincide com “[...] o processo informal de mudança da Constituição, por meio do qual são atribuídos novos sentidos, conteúdos até então não ressaltados à letra da Lex Legum, quer através da interpretação, em suas diversas modalidades e métodos, quer por intermédio da construção (construction), bem como dos usos e costumes constitucionais” Cf. BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 57.

Esse fenômeno também conhecido por superação legislativa é possível em razão, como já dito, de o Poder Legislativo não se submeter à eficácia das decisões proferidas pelo Supremo, em controle de constitucionalidade concentrado.

Isso posto, para um estudo pormenorizado acerca dessa possibilidade, cabe trazer à baila alguns casos emblemáticos em que o Congresso Nacional, em sua atividade típica legiferante, atuou de forma ativista, superando entendimento do STF.

O primeiro caso discutido no presente trabalho é o da Lei Complementar nº 135/2010¹¹, intitulada “Lei da ficha limpa”, representa caso emblemático no que diz respeito ao tema Ativismo Congressual, que ressaltou sua possibilidade no ordenamento jurídico pátrio.

O entendimento dos Tribunais Superiores em relação à inelegibilidade de candidatos a cargos políticos era consolidado no sentido de que somente se poderia indeferir uma candidatura quando houvesse sentença penal condenatória com trânsito em julgado. Nessa seara sempre se defendeu que somente uma decisão definitiva de mérito daria segurança para o indeferimento de um candidato a algum cargo eletivo, no Brasil, preconizando-se o princípio Constitucional da presunção de inocência, insculpido no art. 5º, LVII da CRFB.

Em que pese esse entendimento, o Congresso Nacional editou a lei nº 135/2010¹² que, após o devido processo legislativo, passou a vigorar com o entendimento de que, para que um candidato se tornasse inelegível, não era mais necessário o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, mas somente que a decisão condenatória fosse proferida por órgão colegiado de qualquer tribunal.

Diante da edição dessa lei, foram propostas a ADI nº 4578/DF¹³ em conjunto com a ADC nº 29/DF e com a ADC nº 30 /DF, ocasião na qual o STF, em julgamento conjunto, entendeu pela constitucionalidade da LC nº 135/2010, já que a referida lei encontra plausibilidade no arcabouço fático em que se encontra, não representando ofensa ao princípio constitucional da presunção de inocência.

O STF entendeu que decisões condenatórias proferidas por turmas colegiadas já possuíam segurança jurídica para a interpelação de uma candidatura, não sendo o caso de ir de encontro a qualquer princípio constitucional.

¹¹BRASIL. Lei Complementar nº 135/2010 de 04 de junho de 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lep/Lep135.htm. Acesso em 19 de jun. 2017.

¹² *Ibid.*

¹³BRASIL.STF.ADI4798.RelatorMin.LuizFux.Disponívelem:<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2257978>. Acesso em 20 ago. 2017.

A decisão pela constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa demonstrou um diálogo entre os poderes judiciário e legislativo, no qual uma proposta de lei superou jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores, que não mantiveram a mesma posição ao assunto, curvando-se a nova realidade e ao novo entendimento proposto pelo Congresso Nacional.

Outro caso emblemático no Brasil foi o da chamada “Lei da Vaquejada”. É de sabença que a Vaquejada é prática antiga na região Nordeste do Brasil, tratando-se de uma competição, com regras próprias, entre o vaqueiro e o Boi. Sendo assim, o Estado do Ceará editou a Lei nº 15.299/2013¹⁴, a fim de regulamentar a prática da Vaquejada no respectivo ente federativo, determinando condições e regras para a realização desse tipo de evento.

Ao tomar conhecimento da referida lei, o Ministério Público Federal, na pessoa de seu Procurador Geral da República, propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade nº4983/CE em face da Lei Estadual nº 15.299/2013¹⁵, provando que a Vaquejada, naquele Estado, trazia prejuízo irreparável à fauna, em razão de os animais se verem submetidos a maus tratos, bem como a condições degradantes, ferindo o disposto no art.225, §1º, VII da CRFB.

A decisão do Supremo foi pela procedência da ADI nº 4983/CE¹⁶, julgando inconstitucional da Lei nº 15.299/2013¹⁷, com efeito *erga omnes*, naquele Estado, acolhendo a tese de que a prática da Vaquejada no Estado do Ceará submete os animais à crueldade. Entendeu-se que, naquele caso em específico, devia-se prestigiar a proteção da fauna, em detrimento do pleno exercício das manifestações culturais, insculpido no mesmo art. 225 da CRFB, em seu §1º. Houve, no caso, nítida prática hermenêutica de ponderação de interesses, quando há um conflito aparente entre normas constitucionais.

Posteriormente, entidades de proteção aos animais questionaram uma Vaquejada que aconteceria em Teresina, no Estado do Piauí, que foi mantida naquele juízo. Em razão disso, os autores propuseram a Reclamação Constitucional (RCL nº 25869) no Supremo Tribunal Federal, alegando descumprimento de decisão daquele órgão, com base na ADI nº 4983/CE. Desta feita, não lhe restaram melhor sorte, tendo em vista que o STF a julgou

¹⁴BRASIL. Lei nº 15.299/2013, de 15 de janeiro de 2013.

Disponível em: http://legislaaoestadual.pge.ce.gov.br/arquivos/legislacao_estadual/lei_complementar/2006/31032006/58/lei_complementar_58.pdf. Acesso em 18 de jul.2017.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶BRASIL. STF. ADI 4983/CE. Relator Min. Marco Aurélio. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/csm/vernoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326838>. Acesso em 19 ago. 2017.

¹⁷ BRASIL. Op.Cit. nota 14.

improcedente, entendendo que a decisão dada na referida ADI possui efeito *erga omnes* somente naquele Estado e para aquele caso concreto, já que a apuração da presença de maus tratos aos animais se deu somente em relação à vaquejada praticada naquele Estado.

Nesse mesmo contexto e pouco tempo após a decisão dada na ADI 4983/CE, o Congresso Nacional editou a Lei nº 13.364/2016¹⁸ que prevê a vaquejada como patrimônio cultural imaterial e, posteriormente, a Emenda Constitucional nº 96/2017 que incluiu o §7º do art.225 da CRFB que aduz:

Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos.

A EC nº 96/2017¹⁹ foi de encontro ao que o Supremo já havia decidido sobre a prática da Vaquejada, ao menos no Estado do Ceará, acrescentando um parágrafo ao art. 215 da CRFB para explicar que não são consideradas cruéis as atividades desportivas com animais que sejam como patrimônio cultural imaterial para evitar futura proibição, em qualquer Estado da Federação, é um exemplo de superação legislativa, já que, por meio dela, o Congresso Nacional acrescentou ao art.225 da CRFB a ideia de patrimônio cultural imaterial.

Não há impedimento, ainda, para que essa Emenda Constitucional venha a ser futuro objeto de controle de constitucionalidade, - tendo em vista sua natureza de norma emanada pelo Poder Constituinte Decorrente Derivado - caso o Supremo entenda que a mesma ofende alguma das cláusulas pétreas, disposta no art. 60, §4º da CRFB.

O que se não pode negar, no entanto, é que as discussões travadas no caso da vaquejada englobam normas constitucionais de origens diversas, amparadas por proteção, e que, diante do conflito de interesses, o legislativo superou entendimento dado pelo Supremo Tribunal Federal em ação Direta de Inconstitucionalidade em face de lei do Estado do Ceará, por meio da elaboração de Emenda Constitucional, operando o fenômeno ora estudado da superação legislativa.

¹⁸BRASIL. *Lei nº 13.364*, de 29 de novembro de 2016. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2016/lei-13364-29-novembro-2016-783953-publicacaooriginal-151457-pl.html>. Acesso em 18 ago.2017.

¹⁹ BRASIL. *Emenda Constitucional nº 96/2017*, de 06 de julho de 2017. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc96.htm. Acesso em 18 jul. 2017.

Por fim, há que se analisar a chamada “Lei das eleições”, como ficou popularmente conhecida.

A lei nº 9504/97 que regulamenta a formação dos partidos políticos no Brasil, bem como a forma pela qual se dera a eleição, foi objeto de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, quer sejam, a ADI 4430²⁰e ADI 4795²¹, entendendo por inconstitucionais certos dispositivos naquela lei.

Após transitar em julgado a decisão dada pelo Supremo nas referidas Ações Diretas de Controle de Constitucionalidade Concentrado, o Poder Legislativo Editou uma nova lei - a Lei nº 12.875/2013 ²²com o escopo de alterar a mesma Lei nº 9504/97 no que tangia aos mesmos assuntos já decididos nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade mencionadas, como forma de reação legislativa, em matéria de Fundo Partidário, conforme se depreende do teor das decisões.

Sendo assim, foi novamente proposta Ação Direta de Inconstitucionalidade, dessa vez pelo Partido da Solidariedade, questionando a constitucionalidade da Lei nº 12.875/2013, que melhor sorte não obteve quando de seu julgamento, sendo fulminada pelo vício de origem da inconstitucionalidade.

Apresentadas tais controvérsias, nota-se que, no caso da lei das eleições, o STF declarou a inconstitucionalidade da lei editada pelo Poder Legislativo que tratou de matéria já declarada inconstitucional pelo Supremo, por entender que, naquele caso, a situação fática não se modificou a ponto do próprio Supremo se curvar àquelas mudanças sociais trazidas pelo poder que representa o povo e suas constantes mutações.

Apresentadas as principais controvérsias enfrentadas pelo Supremo Tribunal Federal contidas em cada um desses casos de ativismo do Poder Legislativo, há subsídios teóricos suficientes à discussão qualitativa acerca do Ativismo Congressual, que será discutido no próximo capítulo do presente artigo.

3. ANÁLISE ACERCA DO ATIVISMO CONGRESSUAL: REMÉDIO OU DOENÇA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SEPARAÇÃO DOS PODERES? TEORIAS E CRÍTICAS

²⁰BRASIL. STF. *ADI 4430*. Relator Min. Dias Tofoli. Acesso em 18/09/2017. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4543766>. Acesso em 16 ago. 2017.

²¹BRASIL. STF. *ADI 4795*. Relator Min. Dias Tofoli. Acesso em 15/09/2017. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=209650>. Acesso em 16 ago. 2017.

²²BRASIL. *Lei nº 12.875*, de 30 de outubro de 2013. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/L12875.htm. Acesso em 17 ago. 2017.

O presente estudo chega ao seu centro nervoso de discussão. Com a exposição dos casos concretos em que se pode observar a atuação do Congresso Nacional de modo a operar verdadeira superação legislativa de questões já abordadas e julgadas pelo Supremo Tribunal Feral, em sede de Controle de Constitucionalidade Concentrado, já se pode adentrar na questão central – no objetivo – do presente trabalho.

O ativismo Congressual pode parecer, em um primeiro momento, como instrumento à quebra do pacto federativo, com a violação do Princípio da Separação dos Poderes, com um aparente desrespeito do Poder Legislativo às decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. Isso pode ocorrer, a princípio, porque o papel do STF é o de dar a última palavra sobre questões constitucionais.

No entanto, como já dito no decorrer do presente estudo, o poder legislativo e o próprio STF são os únicos que não se encontram submetidos às decisões proferidas em controle concentrado, com efeito *erga omnes*, justamente para que não haja a petrificação dessas decisões pelo próprio supremo, que pode reavaliar suas decisões, caso entenda necessário em razão das mudanças fáticas da sociedade e pelo Legislador, há ainda maior razão, já que é o Poder Legislativo quem representa o povo, na sua forma bicameral, com representantes de cada Estado Federado, bem como com representantes do povo.

Importante salientar que as questões decididas em sede de Ação direta de Inconstitucionalidade são questões pontuais trazidas ao Poder Judiciário, na sua forma de guardião da Constituição da República²³, que, posteriormente, podem ser modificadas sempre que as circunstâncias fáticas, políticas, sociais ou econômicas não mais se coadunarem com aquelas que embasaram decisões pretéritas e que não se mostrem mais compatíveis com a nova realidade constitucional.

É o que acontece, por exemplo, com o Plenário do Supremo Tribunal Federal. Ao passo que os Ministros e as Turmas do STF se encontram vinculados ao que anteriormente se decidiu em sede de ADI, sendo defesa, por esses órgãos, a modificação das decisões de (in)constitucionalidade de leis e atos normativos; o Plenário pode, em decisão posterior, a partir da revisão dos fatos e fundamentos jurídicos que consubstanciaram o controle de constitucionalidade outrora realizado, decidir de modo diverso e reverter sua própria jurisprudência. É curioso notar que essa superação jurisprudencial endógena pode

²³ É o que infere o texto de HERRERA, Carlos Miguel. La polemica Schmitt-Kelsen sobre El guardian de La Constitution. In *Revista de Estudios Políticos*, n. 86, 1984.

se dar até mesmo em âmbito de uma Reclamação, consoante pontuado pelo Plenário do STF quando do julgamento, em 2013, da Rcl 4374/PE, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes. É preciso que se faça, nos dizeres do Ministro Relator, um “balançar de olhos” entre ontem e hoje, a fim de que se possa manter ou descartar decisões anteriores que não mais se adequem à vontade da Constituição²⁴.

O mesmo se diga em relação a possibilidade de superação da jurisprudência promovida pelo Poder Legislativo, que aqui mais nos interessa. Essa possibilidade se justifica porque a atuação corretiva do Legislativo pode também evitar o “inconcebível fenômeno da fossilização da Constituição”²⁵, tendo em vista que esse engessamento poderia fulminar a efetividade e a eficácia do Texto Constitucional:

A consequência é particularmente grave: as constituições, enquanto planos normativos voltados para o futuro, não podem de maneira nenhuma perder a sua flexibilidade e abertura. Naturalmente e na medida do possível, convém salvaguardar a continuidade dos *standards* jurisprudenciais: alterações de rota, decisões *overruling* demasiado repentinas e brutais contrastam com a própria noção de jurisdição. A percepção da continuidade como um valor não deve, porém, significar uma visão petrificada da jurisprudência ou uma indisponibilidade dos tribunais para atender às solicitações provenientes do ambiente²⁶.

Por outro lado, pode-se interpretar a prática objeto do presente estudo como instrumento hábil a evitar ou, pelo menos, retardar o congelamento das decisões proferidas pelo STF. Aqui cabe mencionar a teoria dos mortos sobre os vivos em analogia à superação legislativa, já que a vontade do legislador na época dos fatos, segundo essa teoria, pode não mais subsistir e, com isso, pode-se estar subjugando os vivos à vontade dos mortos.

Interessante, ainda, trazer à baila outra teoria relevante para o presente tema intitulada Diálogo Institucional²⁷.

²⁴ “[...] essa vontade de Constituição se origina de três vertentes diversas. Baseia-se na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme. Reside, igualmente na compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos (e que, por isso, necessita de estar em constante processo de legitimação). Assenta-se também na consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana. Essa ordem adquire e mantém sua vigência através de atos de vontade”. Hesse, Konrad. *A força normativa da. Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira. Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris,. 1991, p. 12.

²⁵ Trecho da Reclamação nº 2617 Agr/MG Relator: Min. Cezar Peluso, conforme noticiado pelo Informativo nº 386 do STF.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Como se constata na obra de VERMEULE, Adrian. *Judging under Uncertainty: An institutional theory of legal interpretation*. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p.266;

Essa teoria entende que as instituições precisam “conversar” entre si para que haja uma maior segurança jurídica nas decisões proferidas, bem como uma maior unicidade e coerência.

Pelo que até aqui se expôs, o ativismo congressual tem, ao que parece, a vocação de, tanto quanto possível, potencializar as capacidades do Judiciário e da própria Constituição. O processo de (re)interpretações das decisões judiciais emanadas da jurisdição constitucional pelos representantes dos verdadeiros titulares do Poder Constituinte pode criar um círculo virtuoso de, parafraseando Adrian Vermeule, diálogos institucionais que, do mesmo modo, otimizariam os resultados da nobre tarefa de guardar, conformar e, quando necessário, atualizar a Constituição.

No caso em apreço, a superação legislativa, quando exitosa e não questionada novamente pelo Supremo Tribunal Federal (como foi o caso da Lei da Ficha Limpa e da Lei da Vaquejada, expostos no segundo capítulo), demonstra nada mais que a aderência à teoria do Diálogo Institucional, no momento em que o Supremo entende que os fatos que ensejaram a decisão de inconstitucionalidade por ele proferida não mais subsistem, concordando, de certo modo, com o Poder Legislativo, que elaborou novo diploma legal acerca daquele tema outrora debatido.

Nesse sentido, entende-se que a superação legislativa, em verdade, apresenta mais vantagens do que problemas, sendo remédio e não doença ao Princípio da Separação dos Poderes, na medida em que se adequa à teoria do diálogo institucional, quando exitosa, comprovando por meio do freio de outro poder que a interpretação do outro não mais pode subsistir, porque não representa mais a vontade do povo, bem como sua realidade.

O ativismo Congressual é, pois, mais remédio que doença por impedir, justamente, a petrificação das decisões proferidas por aquele que, dá a última palavra em matéria constitucional. Isso porque é dever de todas as instituições e poderes, integralmente, cada um nas suas atividades típicas e atípicas, dentro da dinâmica dos freios e contrapesos, cooperarem para o bem-estar coletivo, para a segurança jurídica e para decisões mais justas, escopo da República Federativa do Brasil.

Sendo assim, entende-se como prática sadia ao não engessamento ou fossilização da Constituição que o Poder Legislativo divirja do Poder Judiciário e que ambos estejam constantes trocas. Isso não significa que os Poderes precisam se digladiar, num jogo de negação de um sobre a autoridade do outro. Não é isso que o presente trabalho pretende defender, mas sim o diálogo sadio, o diálogo que esteja cada vez mais próximo à justiça e à realidade das pessoas – povo – que nada mais são do que o Poder Constituinte

Originário, cuja satisfação deve ser o escopo de todos os poderes da República e de suas instituições.

Portanto, chega-se nesse terceiro capítulo à conclusão de que o Ativismo Congressual não deturpa o objetivo da República, mas fomenta a não petrificação das decisões, bem como a adequação dos julgados ao tempo ao qual ele pertence. Há que se fomentar, ainda, o diálogo entre as instituições com o desiderato do bem comum, interpretando-se o princípio da separação dos poderes de acordo com o caso concreto, como aqui foi feito.

CONCLUSÃO

O presente estudo chega, portanto, a sua parte final, em que se pretende, aqui, fechar alguns raciocínios discutidos durante todos os capítulos trabalhados.

Por todo o exposto, nota-se que o objeto dessa pesquisa, em que pese, em um primeiro momento, assemelhar-se com a quebra da ordem constitucional vigente - quebra do pacto federativo e consequente violação do Princípio da Separação dos Poderes - é, em verdade, instrumento hábil ao seu fortalecimento, se usado de forma correta e ponderada pelo poder constituinte derivado decorrente.

O presente trabalho perquiriu um longo caminho para compreender a relevância do ativismo congressual na ordem jurídica brasileira e também para ter embasamento para realizar uma análise qualitativa do instituto, chegando à conclusão de que possui consequências positivas, já que possibilita ao Poder Legislativo revisar situações já decididas pelo Supremo Tribunal Federal, evitando, assim, o chamado engessamento das normas constitucionais.

Isso ocorre porque o Legislativo, para além de não se submeter às decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade concentrado pelo STF, representa o povo, este sim Poder Constituinte Originário e, por isso, deve trabalhar para que a vontade desse último seja satisfeita, sendo esse o ponto sensível de toque com o Ativismo Congressual. Sendo assim, o Poder Legislativo pode, por meio da elaboração de diplomas legais, modificar entendimento proferido por aquele órgão guardião da Constituição, promovendo o estreitamento da realidade fática social com as normas legais vigentes.

Nesse aspecto, cabe mencionar a teoria dos mortos sobre os vivos em analogia à superação legislativa, já que a vontade do legislador na época dos fatos, segundo essa teoria, pode não mais subsistir e, sendo esse ativismo bem utilizado, pode sim fortalecer o princípio da separação dos poderes.

A grande conclusão do presente estudo é não só entender o ativismo congressional como instrumento sadio à Democracia Brasileira, mas entender que ele somente terá papel fortalecedor se utilizado de modo correto, representando não só a realidade social vigente, mas interagindo de modo saudável com os demais poderes presentes no ordenamento. Além disso, a postura ativista por parte do Congresso serve de verdadeiro freio e contrapeso, com o perdão do uso emprestado do termo, ao ativismo judicial, já que seu excesso, como aqui falado, representa distorção do próprio sistema e da do princípio aqui estudado.

Sendo assim, cabe trazer a teoria intitulada Diálogo Institucional, como forma prática de estabelecer essa interação. Isso, porém, não significa que os Poderes precisem se digladiar, num jogo de negação de um sobre a autoridade do outro. Não é isso que o presente trabalho pretende defender, mas sim o diálogo sadio, o diálogo que esteja cada vez mais próximo à justiça e à realidade das pessoas – o povo – do Poder Constituinte Originário, cuja satisfação deve ser o escopo de todos os poderes da República e de suas instituições e, dessa forma, garantir que não haja qualquer supressão de poderes ou mesmo de instituições.

REFERENCIAS

ACKERMAN, Bruce. *New separation of powers*. Cambridge: Harvard Law Review, v. 133, 2000.

BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 5. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. In *Themis: Revista da ESMEC*, Fortaleza, v. 4, n. 2, p. 13-100, jul./dez. 2006.

BOLONHA, Carlos; EISENBERG, José; RANGEL, Henrique. Problemas institucionais do constitucionalismo contemporâneo. In *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 17, 2011.

_____. RANGEL, Henrique. Separação de Poderes da Europa aos EUA: mutações e o judicial review. *Anais do XX Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997

BRASIL. *Lei Complementar nº 135/2010* de 04 de junho de 2010. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp135.htm. Acesso em 19 jul. 2017.

BRASIL. *Lei nº 15.299/2013*, de 15 de janeiro de 2013. Disponível em <http://legislacaoestadual.pge.ce.gov.br/arquivos/legislacao_estadual/lei_complementar/2006/31032006/58/lei_complementar_58.pdf> Acesso em 18 jul. 2017.

BRASIL. *Lei nº 13.364/2016*, de 29 de novembro de 2016. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2016/lei-13364-29-novembro-2016-783953-publicacaooriginal-151457-pl.html>. Acesso em 18 ago. 2017.

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 96/2017*, de 06 de julho de 2017. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc96.htm. Acesso em 18 jul. 2017.

FONSECA, Claudia de Oliveira. *O ativismo judicial e a supremacia legislativa no contexto dos diálogos institucionais*. Disponível em: <http://periodicos.uesb.br/index.php/cadernosdeciencias/article/viewFile/4801/4599>. Acesso em 15 jul. 2017.

FRANCO, Paulo Fernando de Mello; MATTA, João Lopes de Farias da; MUSSER, Tiago Musser dos Santos. Da Mera Promessa ao Efetivo Cumprimento Do Direito Fundamental à Saúde: A Crise de Identidade da Constituição Insincera. In: *A Barriguda. (Org.). Direito e Saúde: Tratamento Jurídico da Realidade da Saúde no Brasil e Outros Diálogos*. 1ed. João Pessoa - Paraíba: A Barriguda, 2015, v. 1.

HERRERA, Carlos Miguel. La polemica Schmitt-Kelsen sobre el guardian de la Constitucion. In *Revista de Estudios Políticos* n.86. Madrid: Nuova Época, 1984.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Democracia, constituição e realidade. In: *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 1.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional. Teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SUNSTEIN, Cass. *A constitution of many minds: why the founding document doesn't mean what it meant before*. Princeton University Press, 2009.

_____; VERMEULE, Adrian. *Interpretation and institutions*. Illinois: Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper Series, n. 28, 2002.

WALDRON, Jeremy. *O judicial review e as condições da democracia*. Tradução de: Julia Sichieri Moura. In: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Orgs.). *Limites do controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. Coleção ANPR de direito e democracia.

VERDÚ, Pablo Lucas. *A luta pelo Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

VERMEULE, Adrian. *Judging under Uncertainty: an institutional theory of legal interpretation*. Cambridge: Harvard University Press, 2006.