

O ativismo judicial por meio de súmulas vinculantes: uma análise acerca dos paradoxos da separação de poderes na atualidade

Michael Procopio Ribeiro Alves Avelar

RESUMO

O Supremo Tribunal Federal tem demonstrando certo protagonismo no cenário político nacional, em virtude da judicialização de vários temas relevantes para a sociedade e do ativismo de seus ministros. Nesse contexto, a Emenda Constitucional 45/04 instituiu as súmulas vinculantes, ampliando o poder da Corte. O presente trabalho busca demonstrar que o ativismo judicial pode ser perpetrado por meio das súmulas vinculantes e que, assim, o STF pode utilizar-se desse instrumento para exercer o poder legislativo, desrespeitando o princípio da separação de poderes.

Palavras-chave: STF. Separação de poderes. Ativismo judicial. Súmulas vinculantes.

Judicial activism through “súmulas vinculantes”: An analyses about paradoxes of separation of powers and its present-day

ABSTRACT

Supremo Tribunal Federal (Brazilian Federal Supreme Court) has been prominent in the national political scenery, because of judicialization of plenty of important issues and its judges' activism. In this context, Court's power was increased up by the Constitutional Amendment 45/04, which established Brazil's legal institute called “súmulas vinculantes”. This work aims to demonstrate that judicial activism can be perpetrated by the “súmulas vinculantes” and, because of it, STF can use this instrument to exercise legislative power, what disrespects the principle of separation of powers.

Keywords: STF. Separation of powers. Judicial activism. “Súmulas vinculantes”.

1 DO ATIVISMO JUDICIAL

1.1 Da separação de poderes ao ativismo judicial

O Estado é o poder soberano, que emana de um povo, sobre determinado território, com finalidades determinadas, o qual comporta três funções estatais básicas: a executiva, a legislativa e a jurisdicional.

Nesse contexto, o postulado da separação de funções ou de poderes preconiza que cada uma dessas funções deve incumbir a um centro de poder diferente. Assim, as

Michael Procopio Ribeiro Alves Avelar é Bacharel em Direito pela Universidade Paulista e Analista Judiciário no Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

funções executiva, legislativa e jurisdicional devem ser exercidas, respectivamente, pelo Executivo, pelo Legislativo e pelo Judiciário. Esse princípio associou-se ao conceito de Estado de Direito, chegando ao *status* de direito fundamental do homem (BONAVIDES, 2002), estando consagrado no artigo 2º da Constituição de 1988.

Com a transformação desse postulado, tanto no direito brasileiro quanto no comparado, fala-se em flexibilização da separação de poderes, visualizando-se como inadequada a separação rígida nos moldes propostos por Montesquieu, como preleciona o Professor André Tavares (TAVARES, 2009). Na visão contemporânea, a divisão de poderes tem sido compreendida a partir de dois pontos essenciais; a necessidade de contenção dos poderes da maioria, limitando-se o poder político para proteção da minoria, e a crise da função legislativa (VALLE et al., 2009). Nessa conjuntura, surge o ativismo judicial.

O ativismo judicial é uma postura que o Judiciário pode assumir em relação aos Poderes Executivo e Legislativo, mormente no que tange à interpretação da Constituição. Segundo sua proposta, os juízes, além de exigirem o cumprimento formal da lei, devem decidir com base em interpretações extraídas dos princípios do Direito, notadamente os constitucionais. Expande-se o conteúdo da Constituição, modificando o alcance de suas normas com vistas a atingir os objetivos que ela prevê. Com essa postura, a atuação jurisdicional interfere em decisões políticas do governo, analisando-as sob a ótica dos preceitos extraídos do direito positivo. É realizada uma releitura dos atos governamentais sob a égide dos valores advindos da Constituição. Os juízes podem, inclusive, passar a ditar políticas públicas. Tem-se, assim, uma atitude mais audaciosa dos juízes devido à ilação de princípios constitucionais abstratos, tais como a dignidade da pessoa humana, igualdade, liberdade de expressão, etc. (OLIVEIRA, 2008). Sobre o tema, o festejado constitucionalista estadunidense Ronald Dworkin assim esclarece:

O programa do ativismo judicial sustenta que os tribunais devem aceitar a orientação das chamadas cláusulas constitucionais vagas (...). Devem desenvolver princípios de legalidade, igualdade e assim por diante, revê-los de tempos em tempos à luz do que parece ser a visão moral recente da Suprema Corte, e julgar os atos do Congresso, dos Estados e do presidente de acordo com isso. (DWORKIN apud OLIVEIRA, 2008)

O ativismo representa a avocação de funções mais amplas pelos tribunais, que passam a interferir nas decisões políticas fundamentais do Estado. Desse modo, os programas de governo e as leis infraconstitucionais passam a ser vistas através das lentes da interpretação que o Judiciário dá aos preceitos previstos na Constituição, ainda que abstratos ou implícitos. É uma posição diametralmente oposta ao modelo da autorrestricção ou da moderação judicial, a qual preconiza que o Judiciário se abstenha de avaliar a posição do Legislativo e do Executivo quando se trata de questões controversas do ponto de vista moral ou político. Segundo a ideologia da autorrestricção, a avaliação jurisdicional é feita no âmbito formal, analisando-se, por exemplo, a observância do processo legislativo, mas

não a decisão política contida em determinada lei. Os magistrados, sob esse ponto de vista, tendem a proferir decisões sobre atos do governo com base em regras objetivas.

Cumprе ressaltar que o modelo de ativismo judicial está intrinsecamente ligado à judicialização, que consiste na tomada de decisões de alta relevância, do ponto de vista político-social, pelo Judiciário. Com a judicialização, a competência para resolver assuntos que repercutem amplamente na sociedade vai sendo deixada sob a responsabilidade dos juizes, ao invés de serem decididos pela Administração Pública ou regulados pela legislação ordinária. Analisando este fenômeno no Brasil, o professor Luis Roberto Barroso aponta como suas causas o processo de redemocratização do país, a constitucionalização abrangente e o sistema judicial de controle de constitucionalidade (BARROSO, 2009). E, ainda valendo-se dos ensinamentos de Barroso, cabe salientar que, apesar da ligação entre a judicialização e o ativismo, há diferenças entre eles. A judicialização não é uma decisão nem uma forma de atuação dos juizes, tendo em vista que a sua competência não é por eles definida, mas pela legislação. O ativismo, por sua vez, é uma postura que eles podem ou não adotar.

O ativismo, portanto, tem na judicialização seu catalisador. À medida que se aumenta o leque de assuntos sob a tutela jurisdicional, mais fácil se torna a intervenção do Judiciário nos rumos políticos do país, exercendo um papel de protagonista no cenário político.

Em breve síntese, a crítica aponta que o ativismo judicial abalaria o equilíbrio entre os poderes, por representar uma ingerência do Judiciário em tarefas originariamente afetas ao Legislativo e ao Executivo, tirando dos centros de comando democraticamente eleitos as decisões que mais afetam o corpo social. Seria então uma postura que torna os juizes mais poderosos, entregando-lhes grande parcela da gestão do Estado, sem que tenham recebido essa legitimidade por meio do sufrágio. Seria, segundo Oscar Vilhena Vieira, uma ruptura do postulado da separação dos poderes que exporia o próprio Judiciário e o fragilizaria ante a responsabilização pelas suas opções políticas (VIEIRA, 2008).

Traz-se à colação, em oposição a tais críticas, a posição de Tiago Neiva Santos, que vê no ativismo judicial “um movimento que, advindo de um efetivo pluralismo democrático de acesso ao judiciário e de uma crescente judicialização das questões postas na sociedades, veio para reforçar as bases democráticas da formação da vontade social expressa pelo Estado” (SANTOS, 2007). Sílvio Dobrowolski vai mais longe ao descrevê-lo como indispensável no estado contemporâneo, em virtude da coletivização dos direitos e da dispersão de interesses. Faz, no entanto, importante ressalva, de que devem sempre ser observadas “as normas legisladas e a separação dos poderes” (DOBROWOLSKI, 1995).

1.2 Do ativismo do STF

O Supremo Tribunal Federal tem decidido importantes questões políticas e, assim, obtido amplo espaço na mídia. A esse respeito, como nota Vieira, cumpre mencionar que esse protagonismo do Judiciário não é um fenômeno exclusivamente brasileiro. Pelo

contrário, o avanço dos juízes no cenário político e o aumento de suas atribuições é um fenômeno que vem ocorrendo em vários países (VIEIRA, 2008).

Conquanto se trate de uma situação presente em diversos ordenamentos jurídicos, o ativismo judicial da Corte Maior brasileira apresenta peculiaridades. Isso deriva das próprias atribuições do STF que abrangem a competência recursal, analisando recursos em matéria constitucional; a competência originária, de julgar determinadas ações quando o polo passivo for ocupado por determinadas autoridades, no chamado foro privilegiado, e, por fim, o mister de efetuar o controle concentrado de constitucionalidade. Vieira denomina esse fenômeno de “Supremocracia”. Primeiro, pela autoridade da Corte Excelsa em relação aos demais órgãos jurisdicionais, que ganha vulto com a criação de instrumentos para vinculá-los, tais como a reclamação constitucional. Segundo, em virtude do aumento dessa autoridade em detrimento dos demais poderes (VIEIRA, 2008).

Nesse contexto de fortalecimento da Suprema Corte brasileira, foi-lhe dada competência para editar súmulas vinculantes, as quais são de observância obrigatória pelo próprio Judiciário e pelo Poder Executivo. Torna-se, assim, de clara importância verificar se o ativismo judicial do STF pode ser perpetrado e até mesmo potencializado por meio da utilização desse instrumento jurisdicional.

2 DAS SÚMULAS VINCULANTES

2.1 Das súmulas vinculantes, dos precedentes no *Common Law* e da criação do Direito

As súmulas da jurisprudência dominante com efeito vinculante foram introduzidas no ordenamento jurídico, após longo percalço no Congresso Nacional, pela Emenda Constitucional (E.C.) nº 45 de 2004. Só podem ser editadas pelo Supremo Tribunal Federal, desde que atendidos os requisitos previstos na C.F. (Constituição Federal) e na Lei nº 11.417 de 19 de dezembro de 2006. O enunciado pode ser aprovado no caso de existirem reiteradas decisões da Corte Maior sobre matéria constitucional, sobre a qual haja, entre os órgãos judiciários ou entre estes e a Administração Pública, controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre uma mesma questão. Deve ser, ainda, aprovado por maioria de dois terços dos ministros do STF.

O objeto para formulação de súmula vinculante é a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas. Pode-se tratar de questões atinentes à interpretação de normas constitucionais ou destas em confronto com diplomas normativos infraconstitucionais. Sua inspiração remonta aos precedentes, utilizados no sistema do *Common Law*. O *Common Law*, um dos grandes modelos jurídicos do Ocidente, tem origem anglossaxã, sendo o modelo que se estrutura sobre as decisões judiciais, tendo, pois, caráter judicialista. As decisões de casos particulares formam os precedentes, denominados *stare decisis*, termo derivado da expressão *stare decisis et quia non movere* (mantenha-se a decisão e não se perturbe o que foi decidido). Os precedentes têm valor

normativo, constituindo fonte do direito e vinculando a forma pela qual os demais órgãos jurisdicionais devem julgar. Assim, a primeira decisão sobre determinado tema, chamada *leading case*, serve de paradigma para os próximos casos.

Por sua vez, a família do *Civil Law* é o modelo codificado continental, centralizado em sua fonte formal mediata, que é a lei. Trata-se de um sistema positivista, em que se busca estabelecer normas gerais e abstratas, de cujas premissas, por meio de procedimentos lógico-científicos, se obtém conclusões para aplicação nos casos específicos. Tal é o ordenamento jurídico doméstico, dentre outros de tradição romano-germânica.

Após essa sucinta digressão acerca das duas famílias do direito, conclui-se que a criação das súmulas vinculantes, no direito brasileiro, inseriu um instituto forjado no sistema do *Common Law* em um ordenamento nitidamente romanista (CARVALHO, 2009).

Desse modo, enfraquece-se a ideia de que a criação das normas jurídicas é tarefa original e privativamente atribuída ao Poder Legislativo, em sua típica função legiferante, e de que ao Judiciário incumbiria apenas a aplicação do direito posto nos casos concretos, com vistas a obter a pacificação social. Mesmo porque, como preleciona Kelsen, a produção normativa se completa com a atuação jurisdicional, de modo que ao Judiciário também compete a função criadora do direito. A decisão judicial seria, assim, a continuação do processo de criação jurídica, definindo a norma jurídica individual. Tal função criativa seria mais notável ao se atribuir a competência aos magistrados de editar normas gerais. Daí mencionar o grande mestre erradicado nos Estados Unidos a chamada descentralização da função legislativa, ao identificar a atuação do Judiciário em concorrência com o Legislativo (KELSEN, 2009), o que abarcaria a criação de súmulas vinculantes.

Deve-se recordar, ainda, que a produção do Direito pelo Judiciário já vem sendo aceita pela doutrina, destacando-se no sistema de precedentes, pelo qual as decisões anteriores de determinado tribunal têm força cogente. André Ramos Tavares, por exemplo, defende que o Judiciário atue influenciando na formação do ordenamento jurídico, inclusive por meio das súmulas vinculantes. Defende o mestre, entretanto, que as súmulas vinculantes não possuem o mesmo patamar da lei, tendo em vista não poderem destoar dela (TAVARES, 2009).

As súmulas vinculantes se tornam, por evidente, verdadeiras fontes do direito, por serem precedentes que orientam, de forma obrigatória, as decisões posteriores. Não obstante, desde que dentro das diretrizes estabelecidas pela Constituição, é mister reconhecer referida fonte como legítima, dada a evolução do conceito de tripartição dos poderes.

2.2 Críticas às súmulas vinculantes

Como instituto polêmico e inovador, as súmulas vinculantes tornaram-se alvo de debate no meio jurídico, tendo sido elencados aspectos positivos e negativos. Faz-se, aqui, uma pequena enumeração das críticas mais consistentes e das respostas correlatas.

A primeira crítica que se faz às súmulas vinculantes é a possibilidade de se causar o “engessamento” do Judiciário, tornando os órgãos julgadores hierarquicamente abaixo do STF invariavelmente vinculados ao pensamento deste. De tal maneira, restaria tolhida a liberdade funcional dos magistrados, a qual representa, em última análise, uma garantia do cidadão de obter uma prestação jurisdicional imparcial.

Como exemplos de críticos, pode-se citar a ilustre ministra Carmen Lúcia Antunes Rocha, para quem as súmulas vinculantes representam efetiva reforma constitucional só passível de mudança por meio de emendas (ROCHA, 1997), e o ex-ministro do STF. Eros Grau, o qual afirma que: “nenhuma razão ou pretexto se presta a justificar essa manifestação do totalitarismo, que também nenhuma lógica pode sustentar e que, afinal, há de agravar ainda mais a crise do direito oficial, em nada contribuindo à restauração de sua eficácia.” (GRAU apud MORAES, 2010).

Assumindo a defesa do instituto em estudo, Alexandre de Moraes (MORAES, 2010) e Gilmar Ferreira Mendes (MENDES et al., 2009) apontam a possibilidade de revisão e cancelamento das súmulas como forma de se acompanhar a transformação do direito. Mendes ainda salienta que, no procedimento de revisão, torna-se mais fácil analisar o argumento de superação do enunciado do que nos vários recursos distribuídos diariamente.

Quanto à independência dos magistrados, Pedro Lenza aponta haver um choque de princípios, do qual deve prevalecer a segurança jurídica e a igualdade substancial ou formal sobre o preceito da liberdade do juiz (LENZA, 2010). André Tavares dá ênfase à unidade do direito, explicando que as súmulas podem evitar decisões diversas para casos análogos, o que manteria o bom funcionamento do Judiciário (TAVARES, 2009).

É de se lembrar, ainda, que apesar de serem resultado de interpretação de normas, os enunciados também precisam ser interpretados. Além do mais, é necessário que se verifique em quais situações devem ser aplicados, operação denominada, no sistema dos precedentes, de *distinguishing*. Isso deixaria uma parcela de liberdade ao julgador, sem lhe tolher totalmente a independência para atuar.

Outra objeção apresentada é a falta de legitimidade do Judiciário para a criação do direito. A esse respeito, hodiernamente, a doutrina tem apontado para uma relação de harmonia e colaboração entre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, de modo que o Professor Inocêncio Mártires Coelho fala em flexibilização do princípio da separação de poderes (MENDES et al., 2009). Na defesa do instituto, André Ramos Tavares aponta três argumentos a favor da legitimidade, dizendo que a própria Constituição admite tal forma de atuar do Judiciário, que a capacitação técnica é forma de legitimação do Judiciário e que a legitimidade democrática não advém apenas da representatividade eletiva (TAVARES, 2009).

O maior argumento contra o instituto das súmulas vinculantes é ser ele instrumento de totalitarismo do Judiciário, o qual pode extrapolar sua função típica e imiscuir-se na competência do Legislativo, ao estipular normas gerais que alcançam

e vinculam o Executivo. Ter-se-ia, então, ativismo por parte do Pretório Excelso, ao editar enunciados de caráter geral em matéria constitucional, o que será analisado a seguir.

3 DO ATIVISMO JUDICIAL E DAS SÚMULAS VINCULANTES

3.1 Da possibilidade do ativismo judicial por meio das súmulas vinculantes

As súmulas vinculantes consubstanciam um entendimento do STF que deve ser observado, obrigatoriamente, pelos demais órgãos jurisdicionais e pela Administração Pública. De plano, pode-se verificar que a forma pela qual o Judiciário, por meio desse instrumento, pode imiscuir-se em função que não lhe é originalmente afeta é a edição de normas gerais, invadindo a esfera funcional do Legislativo. Com a edição de enunciados que vinculam o Judiciário e a Administração, o STF cria regras gerais sobre matéria constitucional, o que parece extrapolar de sua função típica. Nesse âmbito, há a lição do preclaro constitucionalista José Afonso da Silva, que entende existir essa usurpação da tarefa legiferante pelos juízes:

Os assentos eram, pois, as súmulas vinculantes de outrora, com a mesma força de lei, como uma forma de interpretação oficial, impositiva, tal como as interpretações autênticas e, nesse sentido, subversivas dos princípios do direito público, já que interpretação oficial obrigatória só é legítima quando feita pelo Poder Legislativo. Apesar disso, foram elas acolhidas no art. 103-A introduzido pela EC-45/2004. (SILVA, 2007)

Não destoava desse entendimento a ministra Cármen Lúcia, a qual, mesmo antes da aprovação da Emenda 45/2004, consignou seu pensamento de que as súmulas vinculantes transformariam a Corte Maior em autora de uma legislação paralela, que só poderia ser alterada por emenda constitucional (ROCHA, 1997).

Conforme já citado, Tavares manifesta-se de modo oposto, argumentando que, por estar o Judiciário vinculando à legislação, a súmula tem caráter infralegal, mesmo que dotada de efeito vinculante. Explica o respeitado mestre que o enunciado apenas consubstancia uma das interpretações possíveis do direito posto, excluindo as demais (TAVARES, 2009).

A incumbência de interpretação da Constituição Federal e de análise da conformação das normas inferiores com o Texto Magno pertence, de fato, ao Supremo Tribunal Federal. No entanto, consigne-se que, a título de interpretação, pode haver a criação de normas gerais, decidindo-se *extra legem*, acrescentando-se ao ordenamento jurídico verdadeiras novas leis no sentido material. Caso isso ocorra, ter-se-á uma ingerência na

função legislativa, configurando de modo inequívoco o fenômeno denominado ativismo judicial. Isso porque a tarefa de promulgar diplomas normativos de caráter geral é função constitucionalmente atribuída às Casas Legislativas.

O próprio Ministro Gilmar Mendes, favorável à adoção das súmulas vinculantes, admite essa possibilidade:

Ao se analisar detidamente a jurisprudência do Tribunal, no entanto, é possível verificar que, em muitos casos, a Corte não atenta para os limites, sempre imprecisos, entre a interpretação conforme delimitada negativamente pelos sentidos literais do texto e a decisão interpretativa modificativa desses sentidos originais postos pelo legislador.

No recente julgamento conjunto das ADIs 1.105 e 1.127, ambas de relatoria do Ministro Marco Aurélio, o Tribunal, ao conferir interpretação conforme a Constituição a vários dispositivos do Estatuto da Advocacia (Lei n. 8.906/94), acabou adicionando-lhes novo conteúdo normativo, convalidando a decisão em verdadeira interpretação corretiva de lei. (MENDES et al., 2010)

Há ativismo também quando a Suprema Corte interpreta os princípios constitucionais de modo a abarcar situações não previstas na Constituição. Portanto, partindo da interpretação, pode a Corte criar regras partindo de uma visão subjetiva de preceitos genéricos, tais como a isonomia e a moralidade.

Portanto, se o Supremo Tribunal se utilizar das súmulas vinculantes para fins de inovar o ordenamento jurídico, excedendo a interpretação e acrescentando regramentos não impostos pelo legislador, haverá uma extrapolação de suas funções. É inegável, assim, a possibilidade de ativismo judicial por meio da edição de súmulas com efeito vinculante, que ocorrerá ou não dependendo do conteúdo que lhes servirem de objeto.

3.2 Das súmulas vinculantes permeadas de ativismo judicial

Analisando-se as súmulas vinculantes editadas pelo Pretório Excelso, podem-se extrair duas amostras de ativismo judicial, a que recebeu o nº 11, referente ao uso de algemas, e a nº 13, que trata do nepotismo. A Súmula Vinculante nº 11 foi aprovada pela Corte Maior em 13 de agosto de 2008, com o seguinte enunciado:

Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado. (BRASIL, 2008)

A linha que tomou a Corte Maior para aprovação do enunciado foi, como ponto de partida, uma releitura do artigo 1º, inciso III, e do artigo 5º, inciso XLIX, da Magna Carta, que tratam da dignidade da pessoa humana e do respeito à integridade física e moral dos presos. Por analogia, a Ministra Cármen Lúcia, relatora do *habeas corpus* 89.429-1, fez menção, ao artigo 234 e seu parágrafo primeiro, do Código de Processo Penal Militar, Decreto-Lei 1.002, de 21 de outubro de 1969, que tratam do emprego da força e do uso de algemas.

Verifica-se que, *in casu*, decisões sobre casos concretos, em que se analisou o uso da algema, foram levadas em conta para edição de um enunciado com *status* de norma geral, regulando a matéria com um texto cuja natureza é de lei em sentido material. Foi elaborado um rol exaustivo de situações em que se permite sua utilização: de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros.

Há uma regra contida no texto sumular que deixa explícito seu caráter de lei. Trata-se da disposição de que, se ocorrer uma das hipóteses excepcionais e for necessário lançar mão das algemas, a excepcionalidade deve ser justificada por escrito. E mais: no caso de não haver essa fundamentação, para a qual se exige a forma escrita, haverá a responsabilização administrativa, civil e penal do agente ou da autoridade, além da responsabilidade civil do Estado. Há ainda outra consequência, a nulidade da prisão ou do ato processual correlato.

Deve-se lembrar que não se trata, aqui, de interpretar a Constituição ou de efetuar o controle de constitucionalidade de normas, mas de efetiva atuação legislativa, notadamente quanto à exigência de justificativa com forma preestabelecida (escrita). Fica claro que o Judiciário editou norma, aplicável a todos de forma genérica, sem que houvesse manifestação do Congresso Nacional, a quem compete tal atividade.

A questão da nulidade da prisão ou do ato processual a que se relaciona a prisão mostra-se mais próxima da função jurisdicional, ao prever uma situação que pode, sob a égide da Constituição Cidadã, tornar eivado o ato processual ou tornar o encarceramento ilegal. Entretanto, ao estipular os casos em que algemar é lícito ou é ilícito, bem como o procedimento de justificar o ato, o Supremo Tribunal Federal agiu de forma a completar o direito posto, extrapolando a sua função de interpretá-lo.

Oportuno mencionar que, dos debates para aprovação da súmula *sub examine*, depreende-se que o eminente Ministro Cezar Peluso, preocupado com a possibilidade de descumprimento do texto a ser sumulado, que não previa consequências, aventou a possibilidade de se estabelecer uma sanção para tais casos. Ora, apesar de estar contido na função jurisdicional o poder de se impor multa em caso de descumprimento, *verbi gratia* as astreintes do processo civil, essa imposição é feita para os litigantes, para pessoas determinadas, não para qualquer um que, futuramente, descumpra a decisão judicial.

Deve-se ressaltar, por relevante, que a crítica não concerne ao mérito da questão, no tocante à legalidade ou não do uso de algemas e à necessidade de regras claras a respeito. O cerne da problemática é a legitimidade para proceder a tal controle, a competência

para elaborar um texto normativo que impeça os abusos, pois, não é demais repisar, essa tarefa incumbe ao Poder Legislativo.

Ante o brevemente exposto, é forçoso concluir que houve atuação jurisdicional, na súmula vinculante em tela, além do que incumbe ao Judiciário, tendo-se um típico exemplo de ativismo judicial perpetrado pelo órgão de cúpula de tal poder.

Quanto à Súmula Vinculante nº 13, foi aprovada no dia 20 de agosto de 2008, com o texto que se traz à colação:

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal. (BRASIL, 2008)

No início dos debates de sua aprovação, o Ministro Ricardo Lewandowski apresentou a seguinte proposta de redação:

A proibição do nepotismo na Administração Pública, direta e indireta, em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, independe de lei, decorrendo diretamente dos princípios contidos no artigo 37, caput, da Constituição Federal.

Com base em decisões anteriores do STF (proferidas na ação direta de inconstitucionalidade nº 1.521-4, no mandado de segurança 23.780-5, na medida cautelar em ação declaratória de constitucionalidade 12-6, nessa própria ação e no recurso extraordinário 579.951-4), apontou-se que o nepotismo contraria a Magna Carta, notadamente os princípios previstos em seu artigo 37. Desse modo, em sua proposta original acima transcrita, o enunciado representava uma exegese dos princípios constitucionais da Administração Pública, sem inovar no sistema jurídico doméstico.

No entanto, na redação aprovada, além de se cogitar da inconstitucionalidade da prática do nepotismo, foram criados parâmetros, numa atividade legiferante, ao se prever que se considera ilegítima a nomeação que recaia sobre cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau. Definindo-se o grau de parentesco, o Supremo Tribunal traçou as diretrizes, impôs regras gerais específicas e, com isso, excedeu aos seus poderes atribuídos pela Lei Política da nação. Em que pese a importância da matéria e a plausibilidade do dispositivo em estudo, a edição da Súmula Vinculante nº 13 ilustra o que se chama hodiernamente de ativismo judicial.

Para finalizar o estudo da súmula em tela, traz-se à colação a conveniente conclusão de Eduardo Appio sobre o assunto:

O STF passa a aceitar a incumbência de regular os mais importantes temas da agenda política do país, exercendo verdadeira atividade legislativa (positiva), convertendo-se, doravante, na Corte Constitucional mais ativista do mundo ocidental e principal Casa Legislativa do país. O resultado da súmula, muito embora correto do ponto de vista da ética política, é consequência do uso indevido de um instrumento normativo que deveria estar reservado para os casos de revisão da atividade política dos demais Poderes da República. Em uma democracia, os fins – mesmo que nobres – nunca justificam os meios. (APPIO, 2008)

Portanto, tal enunciado também exemplifica o ativismo judicial materializado em súmulas vinculantes.

4 CONCLUSÃO

O atual protagonismo do Supremo Tribunal Federal tem como base o ativismo judicial de seus membros e a crescente judicialização no plano político do país. Incrementando essa primazia do órgão de cúpula do Judiciário, a Emenda Constitucional 45/2004 criou as súmulas vinculantes, mecanismo criado para dar maior efetividade à jurisprudência pacífica do Pretório Excelso que pode ser também veículo de ativismo judicial, com a criação de normas gerais com força cogente. Tornam-se, assim, regras ditadas não pelo Legislativo, mas uma legislação paralela emanada de um tribunal.

Ainda que se argumente que doutrina já apregoa a flexibilização da separação de poderes, a súmula vinculante que sirva de veículo para o ativismo representa um poder desmedido, que pode abalar o equilíbrio entre os Poderes. Não há mecanismo que sirva de contenção a esse instituto, que pode inaugurar um governo de juízes (VALLE et al., 2009).

Cumprir frisar que a súmula vinculante, por si só, não representa uma usurpação da função legislativa pelo Judiciário, mas, caso seus preceitos tenham sido elaborados de forma ativista, podem tolher a atividade dos representantes do povo de manifestar sua vontade por meio das leis. Cabe, portanto, aos ministros do STF a missão utilizar esse instituto com vistas a dar efetividade às suas decisões e celeridade à prestação jurisdicional, sem sucumbir à tentação de substituir ou criar novas disposições com força de lei.

Caso contrário, sacrifica-se a segurança jurídica, tão cara à sociedade brasileira já descrente do Poder Público. O país fica sujeito, nesta hipótese, ao arbítrio dos juízes, os quais, legislando e julgando, ferem o princípio da separação de poderes e, desse modo, violam a Constituição que deveriam guardar. Os cidadãos perdem, assim, a garantia, conquistada a alto preço, de viverem em um Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

- APPIO, E. Nepotismo: em uma democracia os fins nunca justificam os meios. In: *Consultor Jurídico*: 24 ago. 2008. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2008-ago-24/democracia_fins_nunca_justificam_meios. Acesso em: 15/05/2011.
- BARROSO, L. R. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista de Direito do Estado* 13: 71, 2009. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 14/05/2011.
- BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*. 12.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.
- BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988: atualizada até a Emenda Constitucional nº 67, de 22 dez. 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 03/04/2011.
- _____. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 41. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 19 dez. 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc41.htm. Acesso em: 03/04/2011.
- _____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Debates sobre a Súmula Vinculante nº 13. In: Debates que integram a ata da 20ª (vigésima) sessão ordinária, do plenário, realizada em 13 de agosto de 2008. Disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/DJE_11.11.2008.pdf. Acesso em 15/04/2011.
- _____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Súmulas Vinculantes 11 e 13. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/Enunciados_Sumula_Vinculante_1_a_29_31_e_32.pdf. Acesso em: 05/04/2011.
- CARVALHO, F. P. *O histórico do processo legislativo de criação da súmula vinculante no Brasil*. Senatus, Brasília, v.7, n.1, p.32-39, jul. 2009.
- KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*. Tradução: João Batista Machado. 8.ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.
- LENZA, P. *Direito Constitucional Esquemático*. 14.ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. *Curso de Direito Constitucional*. 4.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MONTESQUIEU, C. S. *O espírito das leis*. Apresentação: Renato Janine Ribeiro. Tradução: Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- MORAES, A. *Direito Constitucional*. 25.ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- OLIVEIRA, C. L. *Ativismo Judicial*. Autorrestrrição judicial e o “Minimalismo” de Cass Sunstein. *Diritto & Diritti*, 11 dez. 2008. Disponível em: <http://www.diritto.it/pdf/27004.pdf>. Acesso em: 13 maio 2011.
- ROCHA, C. L. A. Sobre a súmula vinculante. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 34, n.133, p.51-64, jan./mar. 1997.
- SANTOS, T. N. Ativismo judicial: uma visão democrática sobre o aspecto político da jurisdição constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 44, n.173, p.271-284, jan./mar. 2007.

SILVA, J. A. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

TAVARES, A. R. *Curso de Direito Constitucional*. 6.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

VALLE, V. R. L. (Org.). *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Juruá, 2009.

VIEIRA, O. V. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo, 4 (2), p.441-464, jul.-dez. 2008. Disponível em: http://www.direitogv.com.br/subportais/publica%C3%A7%C3%B5e/RD-08_6_441_464_Supremocracia_Oscar%20Vilhena%20Vieira.pdf. Acesso em: 18/05/2011.