

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 48 • nº 192
outubro/dezembro – 2011

SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS DO SENADO FEDERAL

Experiências de ativismo judicial na Europa continental

Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes e
Alexandre Walmott Borges

Sumário

1. Introdução. 2. A comparação entre o sistema anglo-saxão, *common law* e o sistema europeu continental. 3. As experiências europeias continentais. 3.1. Alemanha. 3.2. Itália. 3.3. Espanha. Conclusão.

1. Introdução

O artigo estuda as experiências do ativismo judicial em alguns sistemas jurídicos europeus. Há a delimitação temática da abordagem nos países filiados ao sistema jurídico europeu continental, de filiação romanista. Optou-se por esta abordagem comparativa centrada na verificação de experiências constitucionais realizadas pelos tribunais constitucionais. Nesse aspecto, utiliza-se o relato da doutrina – nacional e estrangeira – sobre as posições de cortes ou tribunais europeus constitucionais de maneira a demonstrar exemplos do fenômeno constitucional do ativismo judicial. Pode-se complementar que o artigo faz demonstração de experiência estrangeira e não de um apanhado de legislação alienígena, já que, como sói acontecer em exposições sobre o fenômeno do ativismo judicial, não se trata de um comparativo de normas postas legisladas, mas, sobretudo, de produção normativa e interpretativa do judiciário. Há a exposição de experiências de três Estados, tomados como ilustração argumentativa, com ciclos políticos e ins-

Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes é Doutorando em Direito pela Universidade de Brasília (UnB); Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU); pós-graduado em Direito Público (ANAMAGES e FMBH); professor de Direito Constitucional do UniCEUB/DF; Procurador do Distrito Federal; advogado e consultor em Brasília.

Alexandre Walmott Borges é Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC); Professor do curso de direito da Universidade Federal de Uberlândia (UFU); Advogado filiado à 13ª Subseccional, OAB-MG; Professor voluntário do programa de mestrado da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita (UNESP).

titucionais diferenciados (diferenciação temporal e institucional): Alemanha, Itália e Espanha.

2. A comparação entre o sistema anglo-saxão, common law e o sistema europeu continental

Um dos pressupostos básicos em qualquer tomada do fenômeno do ativismo judicial é a digressão sobre uma mais pronunciada atuação do Poder Judiciário. Essa tomada supõe obviamente o desenho geométrico de círculos compreensivos da tarefa de cada órgão estatal, de maneira estável e delimitada pelo conjunto normativo do Estado. Assim, o ativismo supõe que um dos órgãos – o Judiciário – estabeleça um conjunto de ações ou métodos de trabalho que elasteça o seu círculo de atribuições.

O elastecer das atribuições do Judiciário é significativo justamente nos sistemas jurídicos romanistas, ou de dimensão geográfica da Europa continental, onde há o estabelecido, *prima facie*, de que a fonte de produção e de revelação do direito é o legislador. Justamente por apresentar esse princípio de ordenação, o sistema europeu continental diferencia-se do sistema anglo-saxão que estabelece a figura do juiz como descobridor e revelador do direito (salvo a experiência estadunidense de primazia de uma Constituição escrita e legislada, ainda que a interpretação de seus dispositivos caiba ao judiciário).

Essa abordagem das diferenças entre os sistemas jurídicos, europeu continental e anglo-saxão, é, por certo, esquemática e deve ser temperada com os influxos de reciprocidade de experiências compartilhadas. Mais recentemente, pode-se afirmar que há, em certos aspectos, alguns casos de mimetismo de institutos ou de experiências entre os dois sistemas. No mundo interligado como o atual, os sistemas jurídicos sofrem mútuas influências, embora deva ser feita a análise consciente das diferenças entre as peculiaridades de cada qual. Luiz Werneck

Vianna e outros (1999, p. 11) destacam que a literatura já sugere, de modo recorrente, para a existência no Brasil – e em outros países de tradição romanista – de uma convergência entre os sistemas do *common law* com o *civil law*¹. Contudo, nesse aspecto, René David (1993, p. 117) aponta que “o lugar atribuído às decisões judiciais entre as fontes do direito opõe os direitos da família romano-germânica à *common law*”.

Na família romano-germânica, ressalvadas algumas exceções, como por exemplo no direito espanhol, as decisões judiciais não se enquadram como fonte formal do direito de caráter geral². Nessa seara, o que importa é que nas decisões judiciais “sobressai o aspecto da observância de atos normativos previamente editados em dada situação específica e não a capacidade expansiva de regular comportamentos [futuros]” (RAMOS, 2010, p. 105). A decisão judicial deve se mover dentro de *quadros* estabelecidos pelo legislador, “enquanto a atividade do legislador visa precisamente estabelecer esses quadros” (DAVID, 1993, p. 120). Como observa Gustavo Zagrebelsky (2005, p. 24-25):

“El principio de legalidad, em general, expresa La Idea de La ley como acto normativo supremo e irresistible al que, en línea de principio, no es oponible ningún derecho más fuerte, cualquiera que sea su forma y fundamento: ni el poder de excepción del Rey y de su administración [...], ni La aplicación por parte de los jueces o La resistencia de los particulares [...]. En La soberanía legislativa estaba ínsita La fuerza normativa absoluta, pero también El deber de asumir por entero El peso de todas las exigencias de regulación. Máximo poder, pero máxima responsabilidad. [...] El hecho de que el rey fuese ahora

¹ No mesmo sentido, Vanice Valle (2009, p. 24-25).

² Nesse regime, as decisões judiciais são normas jurídicas individuais concretas, portanto fontes secundárias.

sustituído o apoyado por asambleas parlamentarias cambia las cosas en muchos aspectos, pero no en la consideración de La ley como elemento de sòsten o fuerza motriz exclusiva de La gran máquina del Estado.”

Lado oposto, encontra-se a família do *common law*, já que a jurisprudência costuma ocupar o posto de fonte formal do direito com aspecto geral. Conforme identificação de Edward D. Re (1994, p. 282), a decisão judicial ocupa dupla função: faz coisa julgada e tem valor de precedente (*stare decisis*). Os precedentes proferidos pelos tribunais obrigam o mesmo tribunal e os juízes que lhe são subordinados (os julgados proferidos pelos magistrados de primeiro grau não formam precedentes). Ocupam, pois, o *status* de fonte formal de direito, pois são eles que moldam os *quadros* nos quais as decisões judiciais devem se mover, semelhante ao que ocorre com a Constituição e as leis no *civil law*. Sobre o direito inglês, em síntese (ZAGREBELSKY, 2005, p. 25-26):

“*Rule of Law and not of men* no solo evocaba en general el *topos* aristotélico del gobierno de las leyes en lugar del gobierno de los hombres, sino también la lucha historico-concreta que el parlamento inglés habia sostenido y ganado contra el absolutismo régio [...]. En La tradición europea continental, la impugnación del absolutismo signífico la pretensión de sustituir al Rey por otro poder absoluto, la asamblea soberana; en Inglaterra, la lucha contra el absolutismo consistió en oponer a las pretensiones del Rey ‘los privilegios y libertades’ tradicionales de los ingleses [...]; en el segundo, la ley se concebía solamente como uno de los elementos constitutivos de un sistema jurídico complejo, el ‘*common Law*’, nacido de elaboración judicial de derecho de naturaleza y de derecho positivo, de razón y de legislación, de historia y de tradiciones.

[...]

La naturaleza de órgano de garantía de las libertades inglesas armonizadas perfectamente, por lo demás, con una concepción de la actividad parlamentaria más ‘jurisdiccional’ que ‘política’, en el sentido continental. Como es sabido, el parlamento inglés tiene su origen en los consejos que el Rey consultaba para mejorar el derecho existente, que tenían – desde el punto de vista actual – carácter incierto. La consulta, con frecuencia, venía determinada por los malos resultados del *common Law* en los casos concretos. Según las categorías actuales, podría hablarse de una función entre la normación y el juicio [...] El procedimiento parlamentario no se encontraba en las antípodas del modelo judicial; en ambos casos regía la exigencia del *due process*, que implicaba la garantía para todas las partes y para todas las posiciones de poder hacer valer las propias razones (*audiatur et altera pars*) en procedimientos imparciales. Por su parte, la función legislativa se concebía como perfeccionamiento, al margen de intereses de parte, del derecho existente.”

Carlos Dieder Reverbel (2009, p. 7) constata que na *common law* “o processo foi erigido em princípio fundamental para se chegar a soluções justas, devendo os juristas, nas soluções dos casos concretos, não estar adstritos aos *statutes*, como se faz na família romano-germânica, mas sim ao processo”.

Diante desse contexto, há substanciais diferenças em relação ao ativismo judicial em cada uma das famílias do direito. Elival da Silva Ramos (2010, p. 107) identifica que na *common law* “existe uma proximidade bem maior entre a atuação do juiz e a do legislador no que tange à produção de normas jurídicas”. Isso ocorre tanto na criação de precedentes, os quais passam a agregar o ordenamento jurídico como ato

normativo com força vinculante, quanto em sua revogação, o que se assemelha a revogação de uma lei no sistema romano-germânico. Não é por outra razão que nesses países se adota uma “conceituação ampla de ativismo judicial”, em face de se franquear ao Judiciário uma situação extremamente ativa no processo de criação do direito (RAMOS, p. 110). Não obstante, o Poder Judiciário não se transforma em legislador, vez que deve motivar suas decisões segundo critérios argumentativos e lógicos, o que não é exigido do legislador.

Situação diferenciada verifica-se nos países da *civil law*, em que a impossibilidade da criação de *direito geral* pelos magistrados foi sempre ressaltada pelo *dogma* constitucional da separação de poderes³. Por isso, em relação à *civil law*, é um pouco mais fácil a identificação de parâmetros teóricos que permitam verificar eventuais abusos da jurisdição em face do Poder Legislativo e do princípio democrático, mas nem por isso a tarefa se mostra isenta de dificuldades, conceituais, terminológicas e ideológicas. Podem ser captadas as seguintes diferenças (ZAGREBELSKY, 2005, p. 26):

“Para el *rule of Law*, el desarrollo del derecho es un proceso inacabado, históricamente siempre abierto. El *rechtsstaat*, por cuanto concebido desde un punto de vista iusnaturalista, tiene en mente un derecho universal y atemporal. Para el *rule of Law*, el derecho se origina a partir de experiencias sociales concretas. Según el *Rechtsstaat*, por el contrario, el derecho tiene la forma de un sistema que a partir de

³ No sentido do princípio como *dogma constitucional*, Canotilho (1993, p. 260) e José Afonso da Silva (2010, p. 109). Todavia, conforme destacado substancialmente no primeiro capítulo, hoje há uma releitura do referido princípio. José Afonso da Silva (2010, p. 109) informa que, hoje, “o princípio não configura mais aquela rigidez de outrora. (...) tanto que atualmente se prefere falar em *colaboração de poderes*”. Mesmo assim, ainda permanece no sistema romano-germânico a aceção de que direito abstrato e geral não deve ser criado judicialmente.

premisas se extraen consecuencias, *ex principio derivationes*. Para el *rule of Law*, el estímulo para el desarrollo del derecho proviene de la constatación de la insuficiencia del derecho existente, es decir, de la prueba de su injusticia en el caso concreto. La concepción del derecho que subyace al *Rechtsstaat* tiene su punto de partida en el ideal de justicia abstracta. La preocupación por la injusticia de concreción y vida al *rule of Law*. La tendencia a la justicia aleja al Estado de derecho de los casos.”

Referindo-se ao ativismo judicial no direito comparado, sob o aspecto processual, o então Ministro do STJ, Evandro Gueiros Leite (2008, p. 3-5), ao analisar as conclusões do IX Congresso Mundial de Direito Judiciário, realizado em 1991 em Portugal, ressaltava que o “ativismo judicial é perfeitamente conciliável com o ativismo das partes e dos advogados conscientes e cooperadores”; e continua: “se o juiz tornou-se autêntico diretor do processo, pode acontecer (1) que a duração da causa seja diminuída e tenha deslinde eficaz; (2) que o juiz possa vir a ser o executivo de que a justiça necessita”.

O representante *grego* do referido congresso destacou o anterior “incremento progressivo dos Poderes Legislativo e Executivo, justificando a necessidade de crescimento do Judiciário para balanceamento do sistema, ou ainda, conforme expressou Goldstein, devido à insatisfação do povo em relação à conduta dos outros ramos do Poder” (LEITE, 2008, p. 5).

Em relação a *Israel, Holanda, Bélgica e Dinamarca* destacou-se, ainda em 1991, o fenômeno da *judicialização* e, em certa medida, do *ativismo judicial* (LEITE, 2008, p. 5-6). O mesmo Ministro ainda ressaltou que Normand, entre outros, fala do “grande impulso mundial em direção a um ativismo judicial sem precedentes. Héctor Fix-Zamudio ensina que existe uma forte tendência, nos ordenamentos processuais do nosso tempo, no sentido da outorga de amplas

condições ao julgador, a fim que exerça uma função ativista” (LEITE, 2008, p. 7).

Assim, quase vinte anos atrás, a discussão mundial acerca do ativismo judicial e sua legitimidade já estava em voga em diversos países. Aliás, no referido congresso, a própria conclusão de seus trabalhos perpassou esse tema.

O fenômeno da judicialização não escapa à mesma conclusão: é um fenômeno mundial (BARROSO, 2010, p. 6). Mais especificamente em relação à *judicialização da política*, Luiz Roberto Barroso (2010, p. 6) destaca que, no mundo contemporâneo, “nem sempre é nítida a linha que divide a criação e a interpretação do direito”; encontrando precedentes desse fenômeno na França⁴, Canadá⁵, Estados Unidos⁶, Israel⁷, Turquia⁸, Hungria⁹ e Coreia¹⁰, entre muitos outros.

No caso francês, deve-se comentar que o sistema constitucional gaulês embute, desde o movimento exegético pós-código Napoleão, em 1804, profunda desconfiança

⁴ Na França, foi anulado o imposto do carbono, que incidiria sobre o consumo e a emissão de gases poluentes, com forte reação do governo (DEVEDJIAN, 2010; BARROSO, 2010, p. 7).

⁵ Decisão da Suprema Corte sobre a constitucionalidade de os Estados Unidos fazerem testes com mísseis em solo canadense. Esse exemplo é descrito com maiores detalhes em Ran Hirschl (2008, p. 124-125, apud BARROSO, 2010, p. 6).

⁶ Decisão da Suprema Corte que definiu a eleição de 2000, em *Bush v. Gore*. Esse exemplo é descrito com maiores detalhes em Ran Hirschl (2008, p. 124-125).

⁷ Decisão da Suprema Corte sobre a compatibilidade, com a Constituição e com os atos internacionais, da construção de um muro na fronteira com o território palestino. Esse exemplo é descrito com maiores detalhes em Ran Hirschl (2008).

⁸ Decisões da Suprema Corte destinadas a preservar o Estado laico contra o avanço do fundamentalismo islâmico. Esse exemplo é descrito com maiores detalhes em Ran Hirschl (2008).

⁹ Decisão da Corte Constitucional sobre a validade de plano econômico de grande repercussão sobre a sociedade. Esse exemplo é descrito com maiores detalhes em Ran Hirschl (2008).

¹⁰ Decisão da Corte Constitucional restituindo o mandato de presidente destituído por *impeachment*. Esse exemplo é descrito com maiores detalhes em Ran Hirschl (2008).

com o Judiciário. Isso explica a existência de um modelo de constitucionalidade amarrado em órgãos políticos subsumidos ao Executivo e ao Legislativo – o Conselho Constitucional. O sistema francês tem como premissa o afastamento do Judiciário da possibilidade de revisão dos atos do Executivo e do Legislativo, no controle de constitucionalidade de tais atos (FRANÇA, 2011):

“Le contrôle de constitutionnalité est abstrait, facultatif pour les lois ordinaires ou les engagements internationaux, obligatoire pour les lois organiques et les règlements des assemblées parlementaires. Il s’exerce par voie d’action après le vote par le Parlement mais avant la promulgation de la loi, la ratification ou l’approbation d’un engagement international et l’entrée en vigueur des règlements des assemblées. La saisine facultative peut être faite à l’initiative soit d’une autorité politique (Président de la République, Premier ministre, Président de l’Assemblée nationale ou du Sénat) soit de 60 députés ou 60 sénateurs. Depuis 1999, le Conseil constitutionnel peut également examiner la conformité à la Constitution des lois du pays adoptées par le congrès de la Nouvelle-Calédonie. [...]

Le Conseil constitutionnel est composé de neuf membres. Il se renouvelle par tiers tous les trois ans. Les membres sont désignés respectivement par le Président de la République et le président de chacune des assemblées Du Parlement (Sénat et Assemblée nationale). Les anciens Présidents de la République font, de droit, partie à vie Du Conseil constitutionnel quand ils n’occupent pas de fonction incompatible avec le mandat de membre du Conseil, cas dans lequel ils ne peuvent pas siéger.”

Mesmo no sistema francês, todavia, já se nota o delineamento de instrumentos de

maior participação do Judiciário, inclusive com as reformas constitucionais de 2008. Já se visualiza, por exemplo, a provocação do Conselho Constitucional por órgão do Judiciário e também a possibilidade de um controle posterior, ou repressivo, de constitucionalidade (FRANÇA, 2011):

“Enfin, la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 a accru les compétences du Conseil constitutionnel sur plusieurs points (articles 11, 16, 39 et 41 de la Constitution). Surtout, elle a mis en place la question prioritaire de constitutionnalité qui va permettre à tout citoyen de saisir par voie d’exception le Conseil constitutionnel (article 61-1).”

Passados esses delineamentos iniciais, cumpre estudar mais a fundo como ocorre a realização de direitos constitucionais e o ativismo judicial pelas Cortes Constitucionais alienígenas no contexto atual de judicialização.

3. As experiências europeias continentais

Vanice do Valle e outros (2009, p. 29) asseveram que na Europa há pontos de aproximação no que toca a um modelo comum de constitucionalismo e um panorama institucional similar que “determinam manifestações semelhantes de ativismo”. São três as experiências tomadas como ilustração: Alemanha, Itália e Espanha.

3.1. Alemanha

A Alemanha, conforme já algumas vezes destacado, é o país central de um movimento constitucional iniciado no momento pós-guerra – Segunda Guerra Mundial – e o primeiro a criar um Tribunal Constitucional (1951) nesse período. Esse Tribunal foi o precursor da análise da Constituição como ordem objetiva de valores ou ordem vinculante de valores, instrumental à garantia dos direitos fundamentais (CRUZ, 2006, p. 5-6), tendo desenvolvido uma aprofundada

teoria de direitos fundamentais. A tradição germânica repousa na premissa de um sistema normativo racional, que foi temperado com essa concepção da Constituição como sistema de valores.

Temperamentos que fizeram com que a posição da Corte se transladasse para os órgãos de direção superior do Estado, que são os responsáveis pela unidade política e pela formação e condução da vontade política, alterando com isso a equação de poder (HESSE, 1998, p. 487). Situação que é corroborada com a defesa de uma interpretação criativa¹¹ da Constituição pelo próprio Tribunal, pois, como a Lei Fundamental não pretende ser “nenhuma ordem neutra de valores” (BVerfGE 7, 198 (205) in CRUZ, 2006, p. 7, tradução nossa), a identificação dos valores constitucionais insculpidos em seus princípios é tarefa sua.

Contudo, o Tribunal utilizou estratégias para suavizar o impacto político das decisões que pudessem gerar desconforto em relação ao legislador, as quais foram sintetizadas por Donald Kommers (apud VALLE, 2009, p. 28).

“São provimentos de cunho admonitório, em que o legislador é advertido das deficiências (omissões ou incompreensões dos reais limites constitucionais) de sua própria atuação para corrigi-las diretamente pelo exercício da função legislativa; ou aqueles em que a Corte sustenta a ainda constitucionalidade da norma, mas adverte o legislador de que esse mesmo texto normativo virá a ser revogado, salvo atuação legislativa retificadora. Ambas são, sem dúvida, estratégias destinadas à construção de um diálogo institucional que permite evoluir a teoria constitucional, sem ignorar o sempre tormentoso problema da harmonia entre poderes.”

¹¹ Criativa aqui no sentido de que o intérprete, ao aplicar a norma, cria direito novo, nos termos descritos no item 3.1, não no sentido de ativismo.

Essas estratégias criativas, que recentemente foram incorporadas ao sistema brasileiro, demonstram um “diálogo institucional” que permite a evolução constitucional, “sem ignorar o sempre tormentoso problema da harmonia entre poderes” (VALLE, 2009, p. 28). Cumpre ressaltar, contudo, que a primeira solução não conseguiu apresentar qualquer resultado prático, pois as advertências aos legisladores para que suprissem omissão legislativa proferidas em ações de inconstitucionalidade omissiva ou em mandados de injunção não eram cumpridas¹². É também por esse motivo que o Supremo Tribunal Federal tem adotado novas soluções para a correção de omissões legislativas, conforme será analisado mais a frente.

Kommers (apud VALLE, 2009, p. 28) ainda observa que a Corte Constitucional alemã tem se valido de “estratégias meta-jurídicas, como a transformação do tempo em seu aliado, postergando decisões nas disputas entre os principais órgãos constitucionais ou ainda aquelas, fruto de reações das minorias, até que a pressão política se reduza, resultando em perda do objeto da demanda”. Com isso, é possível se verificar na Alemanha uma *sutil conciliação* entre o ativismo e a concretização dos direitos fun-

¹² A solução adotada em uma série de ações diretas de inconstitucionalidade julgadas em 2007 foi de declarar a inconstitucionalidade das normas que criaram municípios mesmo diante da inexistência da lei complementar federal que regulamentaria tal criação nos moldes exigidos pelo art. 18, § 4º da Constituição Federal, sem a pronúncia de sua nulidade por prazo determinado. A ADI 3689, julgada em 10.05.2007, é exemplo dessas ações. Em pronunciamento anterior sobre esse julgado, houve destaque a essa nova técnica de controle de constitucionalidade, informando que o Supremo Tribunal “declarou a inconstitucionalidade sem pronunciar a nulidade da Lei que criou Município e manteve sua vigência pelo prazo de 24 meses até que o legislador estadual estabeleça novo regramento” (FERNANDES; CAVALCANTI, 2009, p. 142). Essa solução resultou na promulgação logo em seguida de emenda constitucional referendando a criação dos municípios até então criados. Não houve exatamente o suprimento da omissão, mas foi o primeiro caso em que rapidamente os parlamentares se mobilizaram para corrigir uma inconstitucionalidade.

damentais. Mesmo assim, também nesse país o ponto comum está longe de ser um consenso doutrinário, consoante assevera Luis M. Cruz (2006, p. 10-18; 52-62).

No que se refere ao ativismo relativo aos direitos prestacionais, Andreas Krell (2002, p. 14) informa que os alemães “não aceitam (com algumas exceções) a criação de direitos sociais subjetivos a partir de direitos sociais constitucionais”; sem antes frisar que isso não significa que essa seja uma solução adequada para o Brasil. Logo, a postura da Corte Constitucional, em face da omissão estatal na realização de políticas públicas, é mais contida.

Outro ponto a observar é que a investidura dos juízes do tribunal alemão já reflete um concerto de órgãos políticos e atribuiu o grau de legitimidade aos julgadores. Ainda sejam investidos em razão de órgãos políticos, são julgadores com prerrogativas típicas de juízes (embora não seja o tribunal um órgão do Judiciário) (ALEMANHA, 2011):

“The Federal Constitutional Court consists of sixteen judges. They are elected by the two Federal legislative bodies (Bundestag and Bundesrat). Half of the judges are elected by the Bundestag and half by the Bundesrat, each by a two-thirds majority. Their term of office is twelve years. Re-election is not allowed. The Court decides through a Senate or a Chamber.”

Essa composição permite explicar parcialmente a razão das decisões avançarem por campos que despertam uma inicial contemplação como pertencentes a outros órgãos, não do judiciário, mas campos de assuntos que são por ele assumidos.

3.2. Itália

A Itália, juntamente com a Alemanha, foi precursora do novo constitucionalismo pós-guerra, tendo promulgado sua Constituição em 1947 e criado seu Tribunal Constitucional em 1956. O embate entre o Tribunal Constitucional recém-criado e a Corte de Cassação, em face da perda de

competência deste para aquele, noticiado por Guarnieri (apud Valle, 2009, p. 29), além da quantidade de leis incompatíveis com a Constituição que o Parlamento se omitia em consertar determinaram uma postura ativista por parte da Corte.

Todavia, como no sistema alemão, essa expansão ocorreu sempre evitando sua contraposição aos órgãos políticos, valendo-se de “estratégias institucionais” como a consagração de sentenças interpretativas e aditivas, além da modulação de efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade e das sentenças de dupla pronúncia (*doppia pronunzia*) (VALLE, 2009).

A interpretação conforme das leis, destacada por Riccardo Guastini (2009, p. 63) como de grande importância no ordenamento italiano, é um bom exemplo dessas estratégias. A interpretação conforme resulta em duas espécies de decisão: *as interpretativas*, que visam à conservação da lei no ordenamento, nomeada pela Corte como “princípio da conservação de atos normativos” (Corte Constitucional 152/1982, 292/1984 in GUASTINI, 2009, p. 64, tradução nossa), e, também, as *manipuladoras* ou *normativas*, identificadas como aquelas em que o Tribunal não se limita a declarar a inconstitucionalidade das normas, mas “– comportando-se como um legislador – modifica diretamente o ordenamento com o objetivo de harmonizá-lo à Constituição” (GUASTINI, 2009, p. 65, tradução nossa). Estas, portanto, são puros exemplos de ativismo judicial. Mas, na concepção acima destacada de Guarnieri, elas também fariam parte das estratégias de não contraposição aos órgãos legitimados.

As sentenças normativas se manifestam como *sentenças aditivas* – que são as que estendem a um grupo de pessoas, sob o argumento de igualdade, um benefício deferido na lei somente a outro grupo¹³ –

¹³ Solução essa que não é admitida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o qual exige *lei específica* para a extensão de um benefício sob o argumento da igualdade. Nesse sentido, súmula 339

ou como *sentenças substitutivas* – em que a Corte declara a inconstitucionalidade de uma dada disposição e em seu lugar introduz um novo entendimento (norma nova) (GUASTINI, 2009, p. 65-66). Dessa forma, o Tribunal Constitucional adota um perfil que, excepcionalmente, permite o ativismo judicial. O que, na visão de Guarnieri, não choca, mas se compatibiliza com a atuação política dos Poderes Executivo e Legislativo.

Além disso, Riccardo Guastini ainda lembra que os juízes “comuns” também verificam a compatibilidade da norma à Constituição quando 1) funcionam como um “filtro” das controvérsias que devem subir à Corte¹⁴ (2009, p. 58-59); 2) quando aplicam a interpretação conforme (2009, p. 67); e 3) demonstram o poder de aplicar diretamente a Constituição aos casos concretos, nesse sentido (Corte Constitucional 88/1979, 129/1963 in GUASTINI, 2009, p. 64-65).

Não obstante, Vanice do Valle e outros (2009, p. 30) observam que a experiência italiana desenvolveu “a doutrina do direito vigente”, que mitiga os riscos da excessiva concentração de poderes na Corte Constitucional com a *cooperação* de todo o Poder Judiciário para a definição da competência dessa Corte, pois são os juízes que determinam o que deve ser julgado por ela – conforme já explicado por Guastini. Assim, o direito vigente delimita o ativismo judicial na medida em que estabelece as fronteiras e o objeto da própria atuação do Tribunal Constitucional.

do STF (não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos, sob fundamento de isonomia), cuja compatibilidade com a Constituição vigente foi confirmada pelo RE 173252; o mesmo se aplica aos benefícios previdenciários, cuja necessidade de lei específica para sua extensão aos cidadãos não expressamente contidos na lei é frisada, conforme RE 204.193; AI 538673 AgR; RE 406710 ED; RE 354368; RE 247080; RE 204735; RE 205896; RE 205787 AgR, entre outros.

¹⁴ Semelhante ao juízo prévio de admissibilidade do recurso extraordinário exercido pelos Presidentes dos TJs no Brasil. Mas lá, são os juízes da causa que o fazem.

As sentenças aditivas, na concepção apresentada acima, indicam o enriquecimento do tecido dos direitos sociais, pois permite a aplicação extensiva do princípio da igualdade. Situação que decorre das próprias condições político-institucionais italianas, que favorecem as ideias de igualdade material (CHELI et al. apud VALLE, 2009, p. 30).

3.3. Espanha

Com relação à *Espanha*, há que se ressaltar que a Constituição de 1978 ora vigente é resultado de um consenso político que demorou a se perpetrar. No primeiro terço do século XX, viveu em instabilidade política, depois passou por guerra civil e pelo totalitarismo facista. Com a morte de Franco em 1975, ocorre a transição para a democracia e a promulgação da citada Carta. É, pois, uma jovem democracia, como o Brasil. Diante desse cenário, García de Enterría (2001, p. 207) explica que o Tribunal Constitucional, criado com a Constituição em 1978, absorve um elemento garantidor do *consenso político* inicial que culminou no novel instrumento constitucional¹⁵.

Da mesma forma que no caminho italiano, a inércia parlamentar dá lugar ao maior ativismo por parte da Corte Constitucional. Perfecto Andrés Ibanez (apud VALLE, 2009, p. 31) identifica como causa para essa postura “a emergência de condutas delitivas nos demais âmbitos institucionais [Legislativo e Executivo], das quais se pode concluir o estrondoso fracasso dos mecanismos preventivos dos desvios ou patologias de funcionamento das estruturas formais de poder”.

Na linha italiana e alemã, também há o desenvolvimento de técnicas de controle que se distanciam da simples declaração de inconstitucionalidade. Mas é no espaço da baixa densidade normativa que a interpre-

tação do Tribunal dá espaço às sentenças interpretativas e aditivas (VALLE, 2009, p. 31). O Tribunal Constitucional, portanto, apresenta um “protagonismo da jurisdição constitucional na vida política” (VALLE, 2009).

Vanice do Valle e outros (2009, p. 32) ainda apresentam duas situações sobre o caso espanhol; a primeira é o estado de tensão gerado pelo ativismo do Tribunal; a segunda é a consequência limitadora desse estado de tensão, pois os órgãos políticos, a opinião pública e o povo, diante da tensão provocada, terminam por limitar sua atuação ativista¹⁶.

Conclusão

Mauro Cappelletti (1999, p. 110-130) conclui que a inevitável criatividade dos juízes – para ele, não só inevitável mas necessária – aplica-se tanto à família da *common law* quanto à família da *civil law*. O presente estudo se deteve aos aspectos da *civil law* especificamente adstrita à Europa continental, por isso suas conclusões se restringirão à essa localidade.

Por meio da visualização da realização de direitos e do ativismo judicial, foi possível concluir também que não é possível dizer antecipadamente qual das posturas (ativista ou não ativista) mostrou-se melhor ou pior para as sociedades estudadas¹⁷.

Merecem destaque as estratégias de conciliação dos órgãos políticos tradicionais com o Tribunal Constitucional estabelecidas na Alemanha, Itália e Espanha, uma vez que demonstraram ser formas em que o Judiciário não se omite na realização de direitos fundamentais nem tampouco profere sentenças aditivas sem que, antes, tenha sido permitido aos órgãos políticos a solução da problemática.

¹⁵ No mesmo sentido, Perfecto Andrés Ibanez (apud VALLE, 2009, p. 31) consigna sua importância como vetor de equilíbrio na equação das forças políticas.

¹⁶ Esse argumento busca esteio em Eduardo García de Enterría (2001, p. 184).

¹⁷ Cass Sunstein (2005, p. 43) também chega à mesma conclusão em um de seus estudos.

A crise parlamentar espanhola e algumas omissões legislativas italianas, diante da proximidade desse ponto com o Brasil, ambas identificadas como fator impulsor para o ativismo judicial, também deve ser levada em conta para a análise da situação brasileira. Posturas ecléticas entre o ativismo e o não ativismo, como essas, em que o Judiciário passa a utilizar o tempo a favor de uma conciliação (Europa), mostram-se compatíveis com os princípios democráticos sem coadunar com omissões relevantes dos demais Poderes, com a realização efetiva de direitos constitucionais.

A análise dos precedentes do direito alienígena serve como exemplo para o Supremo Tribunal Federal e demais órgãos judiciais utilizarem com parcimônia a atuação proativa, sem, contudo, esquivar-se de seu mister constitucional de proteção dos direitos constitucionais sempre que a situação de crise assim exigir. É, pois, um bom exemplo para o Brasil. Em suma: a melhor atuação parece estar na realização dos direitos constitucionais, notadamente os fundamentais, mesmo que seja necessária uma postura ativista, que de início não é recomendável, mas que, por exceção, torna-se absolutamente indispensável.

Assim, tem-se que a atuação judicial é funcional, acomodada ao sistema normativo das Constituições modernas, mesmo nas hipóteses de elastecimento do círculo original funcional. Mais ainda, essa funcionalidade pode ser explicada por necessidades de eficacização das disposições constitucionais, em momentos de inércia de outros órgãos ou de quebra funcional por parte desses outros órgãos.

Referências

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. *The Federal Constitutional Court* : organization. Berlim: BverfG, c2011. Disponível em: <<http://www.bundesverfassungsgericht.de/en/organization/organization.html>>. Acesso em: 30 jun. 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial*: direito e política no Brasil contemporâneo. Brasília; Rio de Janeiro: Luís Roberto Barroso & Associados, 2010. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf>. Acesso em: 30 maio 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

_____. _____. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1996.

CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1988.

_____. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1999.

CRUZ, Luis M. *Estudios sobre el neoconstitucionalismo*. México: Porrúa, 2006.

DAVID, René. *Os grandes sistemas de direito contemporâneo*. 2. ed. Tradução Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

DEVEDJIAN, Patrick. Je souhaite que le Conseil constitutionnel soit à l'abri des soupçons. *Le Monde*, Paris, 12 jan. 2010. Disponível em: <http://www.lemonde.fr/politique/article/2010/01/12/m-devedjian-je-souhaite-que-le-conseil-constitutionnel-soit-a-l-abri-des-soupcons_1290457_823448.html>.

FERNANES, RicardoVieira de Carvalho; CAVALCANTI, Eduardo Muniz Machado. *Jurisprudência do STF*: anotada e comentada. São Paulo: Método, 2009.

FRANÇA. Conseil Constitutionnel. *Présentation générale*. Paris : Conseil Constitutionnel, 2011. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/le-conseil-constitutionnel/presentation-generale/presentation-generale.206.html>>. Acesso em: 11 abr. 2011.

GARCÍA ENTERRÍA, Eduardo. *La constitución como norma y Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 2001.

GUASTINI, Riccardo. *La constitucionalización del ordenamiento jurídico*: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009, p. 49-74.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. 20. ed. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1998.

_____. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1991.

HIRSCHL, Ran. The judicialization of politics. In: WHITTINGTON, Keith E.; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. *The Oxford handbook of Law and Politics*. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 119-141.

- KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional 'comparado'*. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2002.
- LEITE, Evandro Gueiros. Ativismo Judicial. *BDJur*, Brasília, 5 maio 2008. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/16980/Ativismo_Judicial.pdf?sequence=1>. Acesso em: 30 abr. 2010.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- RE, Edward D. Stare Decisis. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 31, n. 122, p. 281-287, abr./jun. 1994.
- REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Ativismo judicial e Estado de Direito. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, v. 4, n. 1, mar. 2009. Disponível em: <<http://www.ufsm.br/revistadireito/eds/v4n1/a5.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2010.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- SUNSTEIN, Cass. *Radicals in robes: why extreme right-wing Court are wrong for America*. New York: Basic Books, 2005.
- VALLE, Vanice Regina Lírio (Org.). *Ativismo Judicial e o Supremo Tribunal Federal: Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF*. Curitiba: Juruá, 2009.
- VIANNA, Luiz Werneck et al. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 1997.
- _____. *A Judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- _____. *O perfil do magistrado brasileiro*. Rio de Janeiro: AMB: IUPERJ, 1995.
- ZAGREBELSKY, G. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 2005.