

Do ativismo no STF ao ativismo do TCU: é possível falar em ativismo legislativo no Brasil?**From activism in the STF to activism in TCU: is it possible to speak in legislative activism in Brazil?**

DOI:10.34117/bjdv6n3-107

Recebimento dos originais: 04/02/2020

Aceitação para publicação: 10/03/2020

Bruno Marques

Auditor Público Externo do TCE-MT, lotado na Secretaria de Obras e Serviços de Engenharia;

Graduado em Engenharia Civil pela Unicamp;

Graduado em Direito pelo Instituto Cuiabá de Ensino e Cultura;

Professor de Direito das Obrigações do Instituto Cuiabá de Ensino e Cultura;

Doutorando em Direito e Políticas Públicas – Uniceub -;

Mestre em Administração: Estratégia e Estudos das Organizações – Universidade Federal do Paraná -;

Especialista em Controladoria e Finanças – PUC-PR;

Especialista em Engenharia de Produção – PUCPR;

Especialista em Direito, Controle Externo e Administração Pública – FGV -;

Endereço: Av. São Sebastião n. 1617, ap. 1605, tr 01. Ed. Arboretto.

E-mail: brmarques@tce.mt.gov.br.

Paulo R. Roque A. Khouri

Doutorando em Direito Constitucional pelo IDP;

Mestre em Direito Privado e especialista em Direito do Consumo pela Universidade de Lisboa;

Especialista em Direito Econômico e das Empresas pela Fundação Getúlio Vargas – FGV -;

Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - Uniceub -;

Professor do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP -;

Advogado e Jornalista

Endereço: Ed. Barão Rio Branco, SIG Qd. 01 Lt. 495 Salas 244/247 - Brasília-DF – CEP 70610-410;

E-mail: contato@khouriadvocacia.com.br

RESUMO

O presente estudo procurou observar o ativismo judicial por parte do poder legislativo, em especial, por meio de algumas decisões do TCU. A hipótese levantada seria de que ao se permitir o ativismo por parte do judiciário, abrir-se-ia um precedente para que o mesmo

pudesse ser realizado pelos demais poderes. Para tanto, o estudo inicia com as origens do que seja ativismo judicial, sua relação com o neo-constitucionalismo e os principais estudos publicados. São apontados, ainda, os principais autores e argumentos favoráveis e contra o ativismo, dentre os quais se destacam aqueles que, empiricamente, demonstram que a administração pública está mais bem preparada para conferir concretude aos direitos programáticos em relação ao judiciário, colocando-se sob questionamento os fundamentos daqueles autores que visualizam no judiciário o papel de protagonista na garantia de direitos programáticos aos menos favorecidos. O Caso da súmula 222 do TCU e da decisão 663/TCU confirmaram a hipótese de que o ativismo deixou de ser, unilateralmente, realizado pelo judiciário e passou a permear os demais poderes, em prejuízo, contudo, do pacto federativo e da separação dos poderes, conforme já alertava a doutrina.

Palavras-chave: ativismo, poder legislativo, TCU, pacto federativo, risco a democracia.

ABSTRACT

The study sought to observe judicial activism on the part of legislative branch through some decisions of the TCU. The hypothesis raised would be that by allowing activism on the part of the judiciary, a precedent is set so that it can be accomplished by other republicans' powers. In order to do so, the study begins with the origins of what is judicial activism as well as its relationship to neo-constitutionalism along with the main published studies. Also, there's been shown the major authors and arguments in favour and against activism, along with empirically studies that demonstrate that the public administration should be much better prepared in giving concreteness to programmatic rights in relation to the judiciary power. This idea ends up in questioning the fundamentals from those who see the judiciary as the major protagonist in guaranteeing programmatic rights for the least favoured citizens. The Case of Precedent 222 of the TCU as well as its Decision n. 663 show that activism ceased in being unilaterally carried out by the judiciary and proved that it has begun to permeate other republic powers in detriment, however, to the federative pact, in a way just like the doctrine has already predicted.

Keywords: activism, legislative power, TCU, federative pact, risk to democracy.

1 INTRODUÇÃO

O tema ativismo judicial tem-se mostrado controverso na academia desde suas origens na *Judicial Review* do direito americano.

Durante várias décadas, diversas produções acadêmicas têm sido elaboradas, algumas criticando o ativismo, outras o apontando como um movimento inerente às democracias modernas, sem que se tenha, contudo, chegado a um consenso sobre seus pontos positivos ou negativos ou mesmo sobre o que seria o ativismo em relação a uma mera postura proativa por parte do judiciário na garantia dos direitos programáticos.

Em que pese a divergência, os autores partilham de um ponto comum: o ativismo sempre pressupõe a atuação indevida de um poder no outro, ou seja, a usurpação de competências por parte do Judiciário das atribuições conferidas ao poder Executivo ou Legislativo.

O objetivo deste artigo é fugir a estas discussões e observar o ativismo por um outro enfoque: o ativismo por parte do poder legislativo.

Ou seja, tem-se por foco responder a seguinte pergunta: seria cabível um ativismo por parte do poder legislativo, em especial, nos pronunciamentos do TCU¹, órgão auxiliar do Congresso Nacional. Em outros termos: seria possível atribuir ao TCU uma usurpação de competência de outros Tribunais ou de outros poderes em suas decisões?

Para responder à pergunta, o presente estudo parte das origens, pressupostos e argumentos favoráveis e contra o ativismo.

Na sequência são demonstrados os principais estudos já publicados e as teses defendidas pelos principais autores, onde se evidencia que mesmo para aqueles que defendem o ativismo como corolário da concretude de direitos difusos, acabam por esbarrar em estudos empíricos que demonstram serem, os demais poderes, mais bem qualificados para, efetivamente, fazer valer os direitos das minorias, o que acaba por relativizar os pressupostos básicos das razões do ativismo nacional.

Após a revisão bibliográfica é feito o estudo dos casos da decisão da licitação da Petrobrás pelo TCU e da súmula 222, com o intuito de verificar se é possível afirmar que o ativismo não se resumiria a, tão somente, o poder judiciário, mas seria atribuível também ao legislativo e as conclusões que disso poderiam decorrer.

2 CONCEPÇÕES DA ORIGEM DO ATIVISMO

Elival da Silva Ramos², em uma das obras mais complexas sobre uma análise dogmática dos pressupostos teóricos do ativismo judicial esclarece que para se possa entender o ativismo judicial, antes, torna-se necessário entender o movimento, doutrinariamente, conhecido como pós-positivismo que lhe antecedeu.

Nestes termos, o positivismo clássico partilhava da premissa metodológica de que o direito deveria ser estudado enquanto fato social, independentemente das considerações valorativas que se poderia fazer, ou seja, a validade das normas se relacionariam às

¹ TCU: Tribunal de Contas da União.

² SILVA RAMOS, E. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. Saraiva, 2015.

competências de quem a elaborou, “pouco importando se estas corresponderiam ou não ao ideal de justiça.”³

É fácil entender que esta aplicação mecanicista da norma foi, paulatinamente, tornando-se insuficiente a atender as demandas sociais, o que acabou dando origem, na Alemanha, ao movimento denominado Teoria do Direito Livre. Contudo, “ao invés de apenas ampliarem a esfera de liberdade do intérprete, acabou-se por instaurar o subjetivismo e eliminar, por completo, a vinculação do juiz à normatividade legal.”⁴

Deste rompimento com o positivismo clássico teriam surgido, fundamentalmente, duas vertentes, uma com um ideal mais sociológico, - o realismo jurídico, cujo expoente seria Jerome Frank - e outra, com um ideal mais filosófico, que buscaria uma nova aproximação entre direito e moral⁵ em uma retomada, ainda que parcial, ao jusnaturalismo.

Desta feita, conquanto os realistas partilhassem das mesmas premissas dos positivistas, postulando-se ser, a Constituição, a origem de todo o ordenamento subsequente, deles se diferenciariam ao conceitua-la, fundamentando-a não na redação posta pelo legislador, mas antes, nas decisões da Suprema Corte, ou seja: no entendimento do que os juízes passariam a fazer do texto, renegando-se, assim, a um segundo plano, os atos legislativos exarados.

Ademais, o realismo acabou sendo retomado na década de oitenta por diversos nomes da Suprema Corte América com uma nova roupagem de pragmatismo jurídico.

Nestes termos, se já é possível observar uma inegável contribuição do realismo para o pós-positivismo, dada a ruptura com o positivismo clássico vigente, seria no moralismo jurídico que os neo-constitucionalistas iriam fundamentar seus principais alicerces e para os quais não seria possível observar o direito sem um mínimo de valoração moral de seus dispositivos.

Nestes termos, assevera Habermas, ser possível observar uma ordem concreta de valores superiores, exteriores ao texto posto, já no texto Constitucional Alemão⁶ que passaria a orientar e serviria de base ao direito positivo.

Esclarece Silva Ramos, contudo, que “no caso do moralismo jurídico, porém, [esta ideia] acabou sendo convertida no fetiche da única solução correta [...] sendo o intérprete-

³ Ibidem, p. 38.

⁴ Ibidem, p. 48.

⁵ Ibidem, p. 49.

⁶ HABERMAS, J. Direito e democracia: entre facticidade e validade. 2. ed. Trad. Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 57.

aplicador guiado pelo objeto de aproximar o direito da moral [...].”⁷ que, assim, lhe conferiria validade.

A ideia de uma melhor solução para o judiciário é partilhada também por Ronald Dworkin⁸, contudo, diferentemente daqueles Dworkin viria nos princípios as bases em que se deveria apoiar, o intérprete, para a melhor aplicação do direito ao caso concreto.

O problema desta tese é que as constituições se valem de textos normativos “abrangentes e [...] de normas-princípios que são capazes de tudo disciplinar [acabando por] ampliar a aplicabilidade do sistema de modo que nada fique fora de sua qualificação deontológica.”⁹

Todo esse arcabouço teórico desenvolvidos pelos autores, acabou, em maior ou menor grau, resultando na ampliação da discricionariedade judicial.

Kelsen, em sua obra *Teoria Pura do Direito*¹⁰, admitia que o intérprete sempre teria uma certa margem de discricionariedade na aplicação do direito; discricionariedade, contudo, que era confundida com ‘aplicação mecanicista’ porque defendia que esta deveria ser vinculada aos valores internos do Direito; e não a valores indistintamente externos, que pudessem dar espaço para o recursos ilimitados a valores morais.

Assim, se antes, “o positivismo oitocentista negava toda e qualquer discricionariedade no exercício da função que lhe é própria, reduzida ao automatismo da subsunção meramente lógico-formal”¹¹, o aprimoramento doutrinário e as correntes dogmáticas que se sucederam libertaram o intérprete das amarras do positivismo, conferindo-lhe certa margem quando aplicação do direito ao caso concreto e, em especial, quando, e onde, o legislador teria se utilizado de expressões ou conceitos vagos ou indeterminados.

Essa margem de interpretação, ressalva, Elival Silva Ramos¹², não seria ilimitada, ou seja, a função exercida pelos juízes e tribunais não poderia ser confundida com a desempenhada pelo legislador.

Portanto, a atividade do Judiciário deveria ser sempre a solução de um litígio, predominando a dimensão aplicativa sobre a criativa ou prescritiva. “Rejeita-se, assim, a expansão desenfreada dessa discricionariedade nos moldes do realismo.”¹³

⁷ SILVA RAMOS, *Op. Cit.*, p. 53.

⁸ DWORKIN, R. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 112 e 490.

⁹ SILVA RAMOS, *Op. Cit.*, p. 87.

¹⁰ KELSEN, H. *Teoria Geral do Direito*. 5. ed. São Paulo, Martins Fontes; 2016. p. 40-100.

¹¹ SILVA RAMOS, *Op. Cit.*, p. 124.

¹² *Ibidem*, p. 103.

¹³ *Ibidem*, p. 112.

Ademais, mesmo aqueles que observam uma relativização da legislação pela sua inerente incompletude, não negam o mérito do positivismo que, esclarecidos na visão de Hans Kenlen¹⁴, limitaria a interpretação do próprio intérprete ao texto posto, ou seja, não caberia ao aplicador da lei subverter o que, expressamente, o fez o legislador para dar-lhe interpretação totalmente diversa. Para estes, a lei, inegavelmente, seria o limite à abstratização e criações desenfreadas.

Nestes termos, quando o poder judiciário passa a extrapolar os limites da discricionariedade e exercer o papel de legislador positivo, acaba por deturpar as competências constitucionalmente previstas, ao que alguns autores têm denominado de ativismo judicial. Esclarece, contudo, Silva Ramos que a expressão ativismo judicial para o *common law* não possuiria necessariamente um sentido negativo, com alusão a uma certa prática de jurisdição que exorbitaria os limites constitucionais.

Ao contrário, “o ativismo neste sistema seria elogiado por proporcionar a adaptação do direito diante de novas exigências sociais [...] na medida em que se franqueia ao judiciário atuação extremamente ativa no processo de geração do direito”¹⁵.

Portanto, este posicionamento mais proativo do judiciário se contraporiria “ao passivíssimo que, guiado pelo propósito de respeitar as opções do legislador ou dos precedentes passados, conduziria a estratificação dos padrões de conduta.”¹⁶

O termo ativismo judicial, propriamente dito, tem origem em um artigo publicado em 1947 pela Revista Fortune em que Arthur Schlesinger Jr¹⁷ passara a classificar de ativistas os juízes da Corte Norte Americana que acabam por substituir a vontade do legislador pela sua própria, imbricados na crença que deveriam atuar mais ativamente na promoção da liberdade individuais civis e no direito das minorias¹⁸ e cujo ápice acabou sendo creditado à Corte Warren¹⁹.

Portanto, o nascimento do ativismo judicial não deixa de estar relacionado com a *judicial review*, ou seja, com o controle de constitucionalidade por parte da Suprema Corte Americana de atos legislativos, cujos pronunciamentos acabaram por reescrever o direito em

¹⁴ KELSEN, H. *Reine Rechtslehre*, 2. ed. *Deutsch* (Alemanha): Steiner Franz Verlag, 2009. p. 404.

¹⁵ SILVA RAMOS, *Op. Cit.*, p.112.

¹⁶ *Ibidem*, p.112.

¹⁷ SCHLESINGER Jr., A. M. The Supreme Court: 1947. *Fortune* Vol. 35 (1), 1947. p. 73.

¹⁸ HIRSCHL, R. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. *Revista de Direito Administrativo*. São Paulo, v. 251, 2009, p. 139-178.

¹⁹ RAMOS, P. R. B.; JUNIOR, J. F. D. O. Características do Ativismo Judicial nos Estados Unidos e no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*. Ano 51, número 204. Dez. 2014. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/509926/001032251.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 28 fev. 2020. p. 36.

detrimento de sua mera interpretação, conforme se observa nos casos emblemáticos: *Marbury v. Madison*, *Dred Scott v. Sandford* e *Locher v. New York*.

Aponta Carlos Alexandre de Azevedo Campos que para o caso *Lochner* o ativismo judicial se mostrou presente, fundamentalmente, em duas dimensões. “A primeira foi que a Suprema Corte teria defendido um direito absoluto de contratar sem previsão expressa no texto constitucional [...] por ter interferido em caso legislativo de política pública.”²⁰

Nestes termos, o ativismo americano refere-se à prática por parte do Judiciário de proteger ou expandir os direitos individuais através de decisões que diferem dos precedentes ou que independem da intenção do legislativo²¹.

Contudo, para o *common law*, como se demonstrou, o ativismo não possui, necessariamente, um viés negativo, porque expressamente se franquearia ao judiciário um papel mais proativo na criação do direito, em vista à própria natureza desse sistema, que, consubstanciado em precedentes, acaba por redefinir os limites da lei - e suas interpretações - à medida que os casos vão sendo levados à Suprema Corte.

Ressalva, contudo Silva Ramos²² que, se é certo que em situações excepcionais, quando, de forma reiteradas, pela via da representação normal (parlamento), as minorias não conseguem fazer valer seus direitos fundamentais e, neste caso, a doutrina, mesmo a mais conservadora, acaba por admitir um papel mais ativista por parte da Suprema Corte (porque o Procedimentalismo²³ mostra-se falho), também é certo que este posicionamento deve ser entendido como exceção e não regra posta.

Nem poderia ser diferente, posto que, para o caso americano, uma constituição tão sintética - e que sofreu apenas 27 emendas em 230 anos - evidentemente não seria suficiente a regular ou prever a maioria das hipóteses factíveis.

No caso americano, destaca-se, uma emenda constitucional envolve não só 2/3 dos membros do congresso como a aprovação de 38 casas legislativas.

Portanto, o ativismo americano se justifica por duas vertentes: a) o modo como o direito é construído: por meio de precedentes levados à corte, em complementariedade aos atos legislativos e b) a dificuldade de alteração legislativa, em especial a Constituição.

²⁰ CAMPOS, C. A. D. A. Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 57.

²¹ MERRIAM-WEBSTER. Merriam-Webster's Dictionary of Law. Massachusetts: Merriam-Webster, 1996. p. 270.

²² SILVA RAMOS, Op. Cit., p. 50-100.

²³ Procedimentalismo é uma posição doutrinária que defende que caberia somente ao congresso a mudança das leis, por serem legítimos representantes do povo.

Nestes termos, a doutrina esclarece que casos como *Brown v. Education*, tido como um marco ativista positivo por parte da Corte Americana, em que se reformulou toda uma política de segregação racial nos Estados Unidos - em especial, em vista aos posicionamentos do juiz Warren - não deveriam ser transportados para as demais democracias sem as devidas ressalvas, sob pena de se transformar o judiciário em uma superinstância ou um superpoder. Contudo, mesmo para o caso americano, o posicionamento da Suprema Corte não restou a salvo a críticas.

Conforme aponta Georges Abboud,²⁴ Leishman vislumbra na atuação ativista verdadeira apropriação da lei pelos juízes. “na sua visão, embora a função dos tribunais seja adaptar a lei e a Constituição [...] o principal propósito dos magistrados era a manutenção dos princípios essenciais da *common law*.”²⁵

Ademais, aponta, o autor, que tanto Ackerman como Waldron afirmam que não haveria democracia sem a separação dos poderes e que “afirmar-se que o judiciário deve agir em face da omissão e atuação deficiente dos demais poderes [...] é falacioso [posto] que ao ideal democrático seria imprescindível a separação funcional.”²⁶

Para Waldron, a separação de poderes, é assim, as bases de uma sociedade democraticamente organizada, não cabendo a um poder se sobressair em relação a seus demais.

Ademais, em que pese o termo ativismo se referenciar, normalmente, ao modelo anglo-saxão, esclarece Azevedo Campos ser possível afirmar que Tribunal Constitucional alemão acabou, historicamente, rivalizando com a Suprema Corte americana em prestígio e influência para o constitucionalismo contemporâneo (neo-constitucionalismo).

Nestes termos, seu ativismo seria manifesto, fundamentalmente, no modo como esta corte passou a interpretar e aplicar o sistema de direitos fundamentais, participando, assim, diretamente da criação do Direito no nível legislativo (*verfassungskonforme Auslegung*), por meio, fundamentalmente, da ampliação de provisões constitucionais relevantes como dignidade humana e livre desenvolvimento da pessoa.

Um exemplo de sua atitude ativista é encontrável no caso *Lüth* em que, ao se atribuir a liberdade de expressão à relações privadas, a corte revogou a decisão do Tribunal de Hamburgo e passou a considerar os direitos fundamentais (em especial a liberdade de

²⁴ ABBOUD, G. Processo constitucional brasileiro. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 1199.

²⁵ Ibidem, p. 1183.

²⁶ Ibidem, p. 1183.

expressão) aplicáveis a relações eminentemente privadas, ainda que não houvesse qualquer previsão legal e mesmo que a decisão estivesse em evidente contradição ao Código Civil alemão e aos bons costumes, embora, deva ser registrado que a própria Constituição Alemã fale expressamente em vinculação direta de todos aplicadores aos direitos fundamentais, até então, não se teria delimitado seus limites.

Enfim, a Suprema Corte alemã passou a observar uma ordem objetiva de valores irrenunciáveis aptos a prevalecer sobre qualquer ato legislativo. Entretanto, diferentemente do que ocorre no caso brasileiro, essa aplicação direta da constituição sem a mediação do legislador, sempre foi feita de forma excepcionalíssima.

Desta feita, além da pura declaração de nulidade ou inconstitucionalidade das leis, a interpretação conforme a Constituição (*verfassungskonforme Auslegung*), a superação “de omissões legislativas e o apelo ao legislador (*Appellentscheidung*) têm se revelado técnicas criativas de decisão por meio das quais o Tribunal Alemão vem inovando na ordem jurídica”²⁷. Mas não apenas nos países centrais é possível se observar uma atitude mais proativa do poder judiciário.

Carlos Alexandre de Azevedo aponta que desde a promulgação da constituição colombiana em 1991, tem-se desenvolvido uma jurisprudência bastante ativista daquela Corte, em especial no controle das políticas públicas e das ações do Poder Executivo, cujo caso emblemático se dera quando esta acabou reduzindo os poderes do presidente sobre as hipóteses cabíveis de decretação do estado de exceção.

Assim, a corte colombiana se pronunciou no sentido de que controle jurídico-constitucional sobre a “discrecionabilidade do presidente em declarar um estado de exceção deveria ser integral, e não meramente parcial, reconhecendo-se, expressamente, a competência desta em adentrar no mérito administrativo.”²⁸

Da mesma forma, a Corte da Costa Rica “tem exercido um interessante ativismo judicial em favor de direitos fundamentais, máxime diante da omissão de outros poderes”²⁹, em especial, com objetivo de garantir os cuidados médicos a pacientes portadores de HIV. Resta, portanto, demonstrado, que, para alguns autores, como Carlos Alexandre de Azevedo Campos, o ativismo não é necessariamente negativo, haja vista a atuação proativas das cortes

²⁷ CAMPOS, C. A. D. A. *Op. Cit.*, p. 99.

²⁸ *Ibidem*, p. 122.

²⁹ *Ibidem*, p. 132

Colombianas e da Costa Rica no controle dos atos dos demais poderes, em especial do poder executivo na aplicação efetiva de políticas públicas.

Também é possível observar pontos positivos no ativismo germânico quando este acaba ampliando as garantias fundamentais para além de relações eminentemente estatais.

Contudo, antes que possa analisar em profundidade o ativismo judicial e seus pontos positivos e negativos, há a necessidade de estabelecer um referencial teórico com critérios objetivos que permitam diferenciar: a) uma decisão ativista de b) uma mera atuação proativa do poder judiciário na garantia dos direitos dos menos favorecidos.

Nestes termos, Silva Ramos³⁰ afirma ser possível observar uma conceituação do fenômeno do ativismo judicial necessariamente amplo, por ativismo, entende-se: o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que lhe incumbe, institucionalmente, qual seja: a solução de controvérsias jurídicas de natureza objetiva.

Mas em ponto esta definição tão ampla de ativismo seria negativa? Especialmente, quando se tiver por objetivo a nobre concretização dos direitos das minorias, muitas vezes renegados pela passividade deliberada do legislador?

Atenta a desta questão, Clarissa Tassinari³¹ estabeleceu a necessidade de se estabelecer uma diferenciação entre a judicialização da política e o ativismo judicial.

No primeiro caso, os direitos expressamente previstos seriam pleiteados em juízo obrigando o judiciário a manifestar, *inter partes*, já no segundo, haveria uma postura deliberada do judiciário “de extrapolação de seus poderes,”³² ou seja, uma atitude deliberada de se pronunciar como legislador positivo, por vezes, sem qualquer provocação.

O fenômeno da judicialização “portanto, não depende do desejo ou da vontade do órgão judicante. Ao contrário, ele é derivado de uma série de fatores originalmente alheios à jurisdição [advindos] da ineficiência do Estado em implantá-los.”³³

Deste mesmo entendimento partilha, ainda, Maria Dionísio de Andrade e Clarissa Brasil.³⁴

³⁰ SILVA RAMOS, *Op. Cit.*, p. 130-131.

³¹ TASSINARI, C. *Jurisdição e ativismo judicial: Limites da atuação do Judiciário*. 1. ed. São Paulo, Livraria do Advogado Editora, 2012.

³² *Ibidem*, p. 31.

³³ *Ibidem*, p. 18.

³⁴ DIONÍSIO D. A.; BRASIL, C. delimitando o ativismo judicial: acepções, críticas e conceitos. *Revista Quaestio Iuris (QI)*, [s. l.], v. 11, n. 4, p. 3279–3297, 2018. Disponível em: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=lgs&AN=134211395&lang=pt-br&site=ehost-live>. Acesso em: 16 fev. 2020.

Nestes termos, o ativismo e a judicialização “acabam se misturando e se confundindo, sem que haja, portanto, um compromisso teórico de se definir o que seja ativismo.”³⁵

A autora, nestes termos, critica o posicionamento de Elival da Silva Ramos que dogmaticamente estabelece o ativismo como um composto de: a) exercício do controle de constitucionalidade, b) omissões legislativas e vagueza e c) ambiguidade do direito, porque seria inerente ao poder judiciário o controle de constitucionalidade dos atos do poder executivo.

Atrelar, assim, o ativismo ao controle de constitucionalidade seria subverter atribuição típica deste poder “advinda justamente do pacto democrático firmado pela Constituição de 1988.”³⁶

Portanto, para a autora, a concepção correta de ativismo seria sintetizada na configuração de um poder Judiciário revestido de supremacia, com competências que não lhe são reconhecidas constitucionalmente, ao que a autora denomina de “juristocracia”³⁷.

Esta juristocracia fica ainda mais evidente nos Estados Unidos, quando, ao se questionar o ministro da Suprema Corte Americana, William Brennan, sobre o quórum necessário para uma eventual reforma na constituição americana, este declarou, ironicamente, serem necessários, tão somente, 5 dos 9 ministros da Suprema Corte, em nítida subversão a necessária deliberação de 75% do parlamento.³⁸

Enfim, quem legislaria sobre algo constitucional, em última análise (instância), seria a Suprema Corte Americana e não o parlamento, posto ser-lhe atribuível a última palavra sobre o assunto, em um eventual questionamento de constitucionalidade de leis que viessem a ser apreciadas.

Assim, autores como Tassinari e Carlos de Azevedo Campos apontam que o ativismo acabaria se tornando um movimento inerente ao constitucionalismo do pós guerra advindo de uma sucessão de constituições dirigentes que, inspiradas na constituição alemã de Weimar, terminaram por ampliar o rol de direitos judicialmente exigíveis, aliado a uma passividade deliberativa do legislador e a usurpação indevida do judiciário da competência dos demais poderes.

³⁵ TASSINARI, C. *Op. Cit.*, p. 19.

³⁶ *Ibidem*, p. 20.

³⁷ TASSINARI, C. *Op. Cit.*, p. 28.

³⁸ GRAGLIA, L. A. *It's not Constitutionalism, It's Judicial Activism*. Boston: Harvard Journal of Law & Public Policy, vol. 19, n. 2, p. 293, 1996.

Contudo, a autora compartilha da mesma preocupação de Waldron de que posicionamentos proativos por parte do judiciário acabem por representar uma ruptura com a democracia.

Nestes termos estar-se ia referindo ao fato de que o mundo passou por um período “caracterizado pela construção de um imaginário em que a credibilidade para decidir as questões fulcrais na sociedade [acaba sendo] depositada no judiciário [...] caracterizando uma fragilidade em outros âmbitos do poder estatal.”³⁹

Deste mesmo entendimento partilha Paulo Gustavo Gonet Branco para o qual: a dimensão objetiva resulta do significado dos direitos fundamentais que, como princípios básicos da ordem constitucional, operam tanto como limites do poder como quanto diretrizes de sua atuação, inibindo-se quaisquer extrapolações desarrazoadas.⁴⁰⁴¹

Também, a doutrina de Canaris⁴² aponta que, se é possível afirmar, fazendo-se uma leitura da Constituição alemã, já se observar uma aplicação direta de direitos fundamentais, mesmo em relações eminentemente privadas, é de se ressaltar que a efetiva “realização da função de imperativo de tutela, só seria possível, via de regra, por meio do direito ordinário”⁴³, ou seja, pela atuação efetiva e plena do legislador.

Todavia, nem todos os autores coadunam dessa mesma preocupação.

Luís Roberto Barrosos, por exemplo, defende o posicionamento que o ativismo judicial está associado “a uma participação mais ampla e intensa do judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência do judiciário na concretização dos valores”⁴⁴, ou seja, haveria, ainda que em parte, uma certa obrigação do judiciário a conferir concretude aos direitos constitucionais face à passividade dos outros poderes.

Este posicionamento se justifica para aqueles que defendem uma obrigação do judiciário frente às mazelas populares, e, para tanto, se apoiam na doutrina alemã do pós-guerra que observam forças normativas vinculantes dentro do texto constitucional, ainda que

³⁹ TASSINARI, C. *Op. Cit.*, p. 28;

⁴⁰ BRANCO, P. G. G. *Ativismo judicial e efetividade de direitos fundamentais*. 1. ed. Brasília: Editora IDP, 2016. p. 40- 163.

⁴¹ _____. *Curso de direito constitucional*. 9. Ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 168 e 327.

⁴² CANARIS, C. W. *Direitos fundamentais e direito privado*. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003. p. 66-67.

⁴³ LUZ, M. E. Claus-Wilhelm Canaris. *Direitos fundamentais e direito privado*. Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia, Uberlândia, MG, v.46, n. 2, p.180-185, jul./dez., 2018. p 181.

⁴⁴ BARROSO, L. R. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. In: COUTINHO, J. N. M. *et al.* *Constituição e ativismo judicial. Limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2011. p. 275-290.

por meio de normas programáticas como já propunha Konrad Hesse (*Die normative Kraft der Verfassung*)⁴⁵.

Há também, aqueles que se apoiam na tese do juiz Hércules de Dworkin⁴⁶ e para os quais o aplicador do direito seria mais bem preparado e conhecedor da plena dogmática na interpretação e criação do direito do que o legislador positivo.

Porém, é inegável que há um risco ao pacto democrático, assim, mesmo que a atuação dos juízes esteja sob o manto da nobre missão de assegurar os direitos das minorias, este argumento, por si só, não lhes autoriza usurpar competências que não lhe foram conferidas sob o risco de se ter uma teocracia de juízes, conforme expõe Clarissa Tassinari.

De toda sorte, se, para alguns, o ativismo judicial possa ser, ao menos em parte, justificado como decorrência do neo-constitucionalismo⁴⁷ e da obrigação em se assegurar alguns direitos às minorias, o problema se agrava quando o judiciário passa a reescrever a própria constituição, ou seja, a subverter a intenção do constituinte originário, deixando de ser legislador positivo para fazer o papel de constituinte positivo, conforme se demonstrará.

Também se evidenciará que nem sempre a atuação do judiciário tem sido mais a mais eficiente em assegurar os direitos pleiteados, o que põe em questionamento os custos e os benefícios para a democracia - e para a população - em se atribuir ao judiciário o papel de protagonista e concretizador de direitos difusos e programáticos.

3 DO ATIVISMO NO CONSTITUINTE ORIGINÁRIO E A INTERFERÊNCIA DO JUDICIÁRIO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS: OS PRINCIPAIS TRABALHOS DE ATIVISMOS PUBLICADOS

Lênio Streck, Nery e Leite⁴⁸, em seus estudos sobre o tema, questionam uma série de atitudes do Supremo Tribunal Federal que consideram ativistas.

O primeiro caso trata da Reclamação n. 4335/AC em que se questionava a redação do art. 52, X da Constituição Federal do Brasil. Neste caso, a redação original permitia ao Senado retirar do mundo jurídico uma norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em controle difuso.

⁴⁵ HESSE, K., *Die Normative kraft der Versasund*. 1. ed. Berlim: 1959. p. 45.

⁴⁶ DWORKIN, R. *Levando os direitos à sério*. Tradução Nelson Boeira São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 182.

⁴⁷ TRINDADE, A. K. *Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em terrae brasilis*. In: FERRAJOLI, L.; STRECK, L. L.; TRINDADE, A. K. (orgs.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 231-253.

⁴⁸ LEITE, G. L.; STRECK, L.; NERY JR, N. *Crises dos Poderes da República*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 209-225.

A questão foi que, em que pese literalidade da lei permitir ao Senado fazê-lo por mera por discricionariedade - liberalidade -, no julgamento, concluído após o voto do Ministro Teori Zavascki, o Supremo estabeleceu o entendimento de que o Senado estaria obrigado a suspender o dispositivo declarado inconstitucional pelo STF⁴⁹, ainda que em controle difuso. Como se sabe, em controle difuso a eficácia é *inter partes*. Contudo, em vista à economia processual, o legislador fez por bem prever a hipótese de o Senado conceder eficácia *erga omnes* ao controle exercido pelo Supremo.

A ideia seria de que se o STF já havia se pronunciado em um caso pela inconstitucionalidade do dispositivo, não haveria razões para que o Senado, conhecendo do vício, não retirasse a norma do mundo jurídico, evitando-se, assim, sucessivas demandas sobre o mesmo assunto perante o STF.

Ocorre que nesta reclamação, o Supremo, deliberadamente, subverteu a intenção do legislador ordinário, pois afirmou que a decisão do STF teria eficácia *erga omnes* e que o Senado estaria obrigado a retirar a norma do mundo jurídico ainda que este posicionamento estivesse em nítida desconformidade com a literalidade prevista pelo constituinte. Enfim, transformou o Senado em mero executor das decisões do Supremo. Ao Senado caberia, somente, publicar a decisão, sem questioná-la.

A crítica que se propôs seria de que se o ativismo possui bases que se sedimentariam na tese da interferência indevida, pelo Judiciário, nos demais poderes, em especial, face à passividade deliberada do legislativo, sob a justificativa de se assegurar garantias constitucionalmente previstas aos menos favorecidos, com o presente caso, o Supremo acabaria por reescrever não o direito infralegal não regulamentado, mas a própria vontade do constituinte, passando de legislador positivo à constituinte originário.

Este exemplo evidencia o risco para a democracia já prenunciados por Waldron. quando a sociedade passa a ser leniente em permitir que o judiciário faça às vezes de legislador, corre-se o risco de que ele passe a exercer as vezes de constituinte e se torne uma super instância ou pior um superpoder.

Não se trata de um caso isolado. Outro exemplo de decisão ativista no STF ocorreu no julgamento dos Mandados de Injunção n^{os}. 679, 708 e 712 em que se decidiu, por unanimidade, pela declaração de omissão legislativa quanto ao dever constitucional do legislativo em editar lei que regulamentasse o direito de greve no serviço público e resolveu-se, por maioria, que

⁴⁹ STF: Supremo Tribunal Federal.

passaria a ser aplicado ao serviço público, naquilo que coubesse, a lei de greve do setor privado – lei n. 7.783/89 -⁵⁰, ainda que sem qualquer previsão pelo constituinte.

Destarte, o ativismo não se resume às cortes superiores. Recentemente, na apelação n. 9198667-61.2009.8.26.0000/SP, o Tribunal de Justiça de São Paulo extrapolou a força vinculante dos contratos – de previsão expressa na CFR/88 - e desprezou a legislação infraconstitucional sobre o seguro e fez um atalho direto a constituição invocando a violação da dignidade da pessoa humana para desconsiderar cláusula que estabelecia as condições para a renovação da apólice de seguro de vida, simplesmente por considera-la violadora da boa-fé objetiva.⁵¹ Em todos estes casos há um ponto em comum, a atuação do judiciário na suposta garantia de direitos fundamentais aos menos favorecidos, inovando-se no ordenamento em face à omissão legislativa.

Paralelamente a esta discussão, Felipe Melo⁵² questiona a legitimidade do poder judiciário em conferir direitos por meio políticas públicas aos menos favorecidos.

Segundo o autor, em termos de argumentação institucional é possível fazer quatro críticas gerais ao judiciário: teoricamente ele é “a) incapaz de fazer apreciações macroestruturais, [...] b) seu acesso é mais formalista e dificultado, c) não está sujeito à responsabilidade político eleitoral (crítica também de Waldron) e d) é muito mais caro e complexo.

O autor também afirma que a “Administração Pública conta com a *expertise* para lidar com os problemas públicos, o que é um argumento de reforço na defesa do processo político [...]”⁵³ ademais, “a Administração Pública encontra-se mais bem aparelhada para tomar decisões

⁵⁰ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. TRIBUNAL, POR MAIORIA, CONHECEU DO MANDADO DE INJUNÇÃO E PROPÔS A SOLUÇÃO PARA A OMISSÃO LEGISLATIVA COM A APLICAÇÃO DA LEI Nº 7.783, DE 28 DE JUNHO DE 1989, NO QUE COUBER, VENCIDOS, EM PARTE, O SENHOR MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA (RELATOR), QUE CONHECIA APENAS PARA CERTIFICAR A MORA DO CONGRESSO NACIONAL, E OS SENHORES MINISTROS RICARDO LEWANDOWSKI, JOAQUIM BARBOSA E MARCO AURÉLIO, QUE LIMITAVAM A DECISÃO À CATEGORIA REPRESENTADA PELO SINDICATO E ESTABELECIAM CONDIÇÕES ESPECÍFICAS PARA O EXERCÍCIO DAS PARALISAÇÕES. VOTOU A PRESIDENTE, MINISTRA ELLEN GRACIE. LAVRARÁ O ACÓRDÃO O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES. NÃO VOTARAM OS SENHORES MINISTROS MENEZES DIREITO E EROS GRAU POR SUCEDEREM, RESPECTIVAMENTE, AOS SENHORES MINISTROS SEPÚLVEDA PERTENCE E MAURÍCIO CORRÊA, QUE PROFERIRAM VOTO ANTERIORMENTE. AUSENTE, JUSTIFICADAMENTE, A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA, COM VOTO PROFERIDO EM ASSENTADA ANTERIOR. PLENÁRIO, 25.10.2007. MI N. 679. PROCESSO: NÚMERO ÚNICO: 0001863-34.2002.1.00.0000. IMPETRANTE: SINDICATO DOS SERVIDORES POLICIAIS CIVIS DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. IMPETRADO: CONGRESSO NACIONAL. PARTES: ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. REL. MIN ROSA WEBER. JULGADO EM 25/10/2007. DIÁRIO OFICIAL DA JUSTIÇA DA UNIÃO, BRASÍLIA, 25 OUT. 2020.

⁵¹ BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. SEGURO DE VIDA EM GRUPO E ACIDENTES PESSOAIS OBRIGAÇÃO DE FAZER INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS NÃO RENOVAÇÃO DA APÓLICE RESCISÃO UNILATERAL DO CONTRATO CLÁUSULA ABUSIVA APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ OBJETIVA, FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E *DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA* PREVISÃO CONSTITUCIONAL PEDIDO PARA MANUTENÇÃO DO CONTRATO VIABILIDADE DANOS MORAIS CONFIGURADOS RECURSO PROVIDO. APELAÇÃO N. 91986676120098260000 SP 9198667-61.2009.8.26.0000. REL. MIN. FERRAZ FELIZARDO. DATA DO JULGAMENTO N. 04/12/2013. CÂMARA DE DIREITO PRIVADO. SÃO PAULO, DIÁRIO OFICIAL DA JUSTIÇA DE SÃO PAULO, 04 DEZ. 2013.

⁵² MELO, F. D. POLÍTICAS PÚBLICAS E DIREITOS FUNDAMENTAIS. 2. ED. SÃO PAULO: SARAIVA, 2015, P. 342.

⁵³ IBIDEM, P. 342.

apreciando impactos sistêmicos. Por fim, as decisões adotadas em caráter coletivo permitem atender ao princípio da igualdade no acesso aos bens e serviços.”⁵⁴

Enfim, se as bases para o ativismo se sustentam na suposta obrigação imposta ao judiciário em garantir concretude aos constitucionalmente previstos, ao se demonstrar ter, o Executivo, melhores condições de implementá-los, passa-se a questionar a eficácia e o desgaste imposto ao judiciário na extrapolação de suas competências originárias.

Isto ocorre porque os direitos pleiteados ao judiciário são, em regra, *inter partes*. Desta feita, quando alguém pleiteia um direito, ainda que programático, isto não necessariamente implica em conferi-lo a toda a coletividade com total isonomia, como ocorre, em tese, quando tal incumbência é atribuída à administração pública, haja vista o caráter *uti universi* dos serviços públicos e a eficácia cogente do princípio da impessoalidade aplicável.

Assim, o autor conclui que “o controle de políticas públicas em demandas individuais padece de um déficit informacional que não pode ser suprido pela atuação do juiz por gerar impactos sistêmicos negativos.”⁵⁵

Portanto, com base em dados empíricos, o autor advoga pelo formalismo interpretativo e pelo minimalismo judicial. Segundo aponta, o magistrado deve pautar-se o máximo possível pela vinculação aos conteúdos jurídicos já sensificados pelo constituinte ou, quando for o caso pelo legislador ordinário, “[...] em situações que inequivocamente lhe demandem a atuação, o magistrado deverá ingerir da forma menos invasiva possível em relação aos demais poderes do Estado.”⁵⁶

Quem também se debruçou sobre o tema foi Daniel Silva Passos⁵⁷, mas sobre outro enfoque: a questão da legitimidade do judiciário em conferir concretude a direitos difusos programáticos por meio de políticas públicas.

Para ele não haveria “dúvidas quanto à possibilidade de o órgão judicante intervir sobre atos e omissões estatais, seja por conta da inafastabilidade da jurisdição, seja pela previsão de instrumentos jurídicos como ADI por omissão.”⁵⁸

O autor, contudo, entende que se por um lado o magistrado tem importante papel na reafirmação dos direitos fundamentais, zelando pela plena normatividade, isto não significa que possa ultrapassar os limites que lhe são institucionalmente impostos.

⁵⁴ Ibidem, p. 342.

⁵⁵ Ibidem, p. 343.

⁵⁶ Ibidem, p. 343.

⁵⁷ PASSOS, D. S. Intervenção judicial nas políticas públicas: o problema da legitimidade. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 111.

⁵⁸ Ibidem, p. 111.

Assim “se o passivismo é incompatível com o Estado democrático do direito, o ativismo também é indesejado pois extrapola os limites institucionais impostos ao Judiciário.”⁵⁹

Para o autor, enquanto princípios dotados de eficácia objetiva, os direitos fundamentais impõem ao Estado o dever de implementar uma política pública, contudo trata-se de “múnus de difícil concretização por parte do judiciário pois envolve atividade que extrapola os limites linguísticos de qualquer enunciado normativo.”⁶⁰

Contudo, “[...] nada impede, que o julgador verifique uma omissão constitucional e utilize instrumentos de coerção indireta para atribuir eficácia aos mandamentos constitucionais”⁶¹ que seriam meios mais eficazes de se concretizar direitos, sem que, para isso, fosse necessário ao judiciário extrapolar os limites constitucionais previstos.

Um exemplo citado pelo autor são as obrigações de fazer ao Executivo sob pena de multas diárias – *astreintes* – em que, por via indireta, questiona-se o poder público a concretizar os ideais programáticos previstos na carta, sem que para isso haja necessidade de extrapolação dos limites constitucionalmente previstos.

Desta feita, pelo que foi exposto até o momento, as críticas ao ativismo são inúmeras, advindo desde aqueles que o enxergam como práticas de subversão de um poder sobre o outro, como aqueles que enxergam, na Administração Pública, um aparato melhor na implementação dos direitos difusos e programáticos e isonômicos.

Nestes termos, quando passa-se a reconhecer que o Executivo está melhor equipado na implementação políticas públicas, ou que deteria maiores informações técnicas para fazê-lo, as bases em que se fundamentam o ativismo não deixam de ser, ao menos, em parte, abaladas e, suas justificativas, minimamente, questionadas.

Na verdade, o tema ativismo tem sido objeto de inúmeras discussões acadêmicas, sendo objeto de inúmeras teses e artigos científicos com diversos autores a seu favor e contra. Em posicionamento diametralmente ao já exposto, Saul Tourinho Leal⁶², em dissertação de mestrado sobre o tema, chegou à conclusão de que a jurisdição constitucional no Brasil não extravasaria as suas competências, mas, tão somente, daria cumprimento ao dever de Guardião da Constituição.

⁵⁹ Ibidem, p. 150.

⁶⁰ Ibidem, p. 150.

⁶¹ Ibidem, p. 150.

⁶² LEAL, S. T. *Ativismo ou altivez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal*. 2008. 158 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Instituto de Direito Público de Brasília, Brasília, 2008.

No mesmo sentido Silva Galdino⁶³ *et. al.* em investigação da decisão do Supremo que conferiu reconhecimento à união afetiva às pessoas do mesmo sexo, concluíram que, neste caso, a Suprema Corte não teria sido ativista, mas tão somente, teria tutelado um direito constitucionalmente previsto. Também favoráveis ao ativismo, Makaena Marchesi e Leonardo Alvarenda⁶⁴ defendem uma postura ativista do Poder Judiciário para a concretização de direitos fundamentais com apoio na Constituição da República e como expressão de uma democracia real do século XXI.

Resta demonstrado que os autores não chegaram a um consenso sobre o ativismo, tendo posicionamentos diametralmente opostos, porém, mesmo para aqueles que reconhecem o ativismo como algo inerte ao neo-constitucionalismo e a necessária concretude de garantias individuais de 3ª e 4ª geração, não negam seu risco ao pacto democrático e a separação dos poderes. Por todo o exposto, o tema tem-se demonstrado complexo e há argumentos convincentes de ambos os lados.

Nestes termos, o presente artigo tem um outro enfoque: o ativismo legislativo; e para tanto, parte da premissa congruente uníssima na doutrina de que o ativismo pressupõe um ponto em comum: a interferência indevida de um poder em outro e procura investigar se é possível se estabelecer um ativismo nas decisões do TCU, por ter, supostamente, usurpado competência dos demais poderes e de outros entes federados, em especial no julgamento do caso da licitação da Petrobrás e da Súmula 222 do TCU, o que confirmaria hipótese da possibilidade da existência de um ativismo, também, por parte de outros poderes.

4 O ATIVISMO DO LEGISLATIVO POR MEIO DO TCU, O CASO DA LICITAÇÃO DA PETROBRÁS E A SÚMULA 222 TCU

Recentemente, no TC n. 013.056/2016-6 65 se questionou a autorização dada a Petrobrás para alienar ativos – desinvestimentos – embasado no decreto 2.745/1998 (que aprovou o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petróleo Brasileiro

⁶³ GALDINO, S. *et. al.* Da legitimidade do ativismo judicial na família homoafetiva a partir da ação direta de inconstitucionalidade 4.277/2011. **Revista Jurídica** [s. l.], v. 2, n. 55, p. 418-447, 2019. disponível em: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=lgs&an=137332457&lang=pt-br&site=ehost-live>. Acesso em: 16 fev. 2020.

⁶⁴ MARCHESI, M.; FONSECA, L. A. A legitimidade democrática do ativismo judicial para a concretização dos direitos fundamentais. Argumenta: **Revista Jurídica**, [s. l.], n. 19, p. 139-157, 2014. Disponível em: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=lgs&AN=95375905&lang=pt-br&site=ehost-live>. Acesso em: 16 fev. 2020.

⁶⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. REPRESENTAÇÃO. SISTEMÁTICA PARA DESINVESTIMENTOS DE ATIVOS E EMPRESAS DO SISTEMA PETROBRAS. OITIVA PRÉVIA. IDENTIFICAÇÃO DE PERICULUM IN MORA REVERSO. PERMISSÃO, EM CARÁTER EXCEPCIONAL, PARA A CONCLUSÃO DE CINCO NEGÓCIOS. DETERMINAÇÃO CAUTELAR PARA QUE NÃO SEJAM INICIADOS NOVOS DESINVESTIMENTOS NEM CONCLUÍDAS AS DEMAIS ALIENAÇÕES EM ANDAMENTO. ACOMPANHAMENTO. ACÓRDÃO Nº 3166/2016. Representante: Seinfra Petróleo. Representado: Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras). Rel. Min. JOSÉ MÚCIO MONTEIRO. Brasília, Diário Oficial do Tribunal de Contas da União, 07 de dez. 2016. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/data/files/69/E3/05/70/793E851044200E852A2818A8/013.056-2016-6%20Desinvestimentos%20Petrobras.pdf>. Acesso em 22 fev. 2020.

S.A.), extrapolando-se, assim, o poder regulamentar, sem lei que o previsse, ou seja: tratava-se de um decreto autônomo.

A Petrobrás, nas palavras do relator, teria inovado na ordem jurídica posto que o procedimento teria sido feito:

[De] forma a conduzir a licitação inspirada no convite do Decreto 2.745/1998, utilizando-se, contudo, de procedimentos contrários aos princípios da Administração Pública (“**a falta de transparência do ‘processo competitivo’**”; a possibilidade de escolha do Assessor Financeiro sem consulta ao mercado; a possibilidade de escolha dos potenciais compradores, **em um processo sigiloso**, e a discricionariedade conferida ao gestor para a escolha desses potenciais compradores; **a possibilidade de restrição do número de participantes de forma arbitrária**; a permissão para alteração do objeto alienado a qualquer momento, mesmo em etapas avançadas de negociação, sem dar oportunidades iguais aos licitantes de se manifestarem sobre as alterações promovidas no objeto; e a não condução à deliberação de órgãos diretivos de parcela considerável de atos relacionados à venda [evidencia] vício de legalidade material do chamado “processo competitivo.” [grifos não constam no original].⁶⁶

Ocorre que mesmo reconhecendo a nítida ilegalidade, o relator considerou, no caso, inadmissível o pedido cautelar pela suspensão dos processos de alienação de ativos que já estivessem em andamento e determinou “que se permita a continuidade dessas cinco operações e que este colegiado autorize expressamente a realização de acompanhamentos específicos para tratar de cada caso [...]”⁶⁷

Enfim, ainda que o relator tenha entendido “determinar que não sejam concluídos nem iniciados novos desinvestimentos até que o TCU se manifestasse sobre o mérito do processo”, no Acórdão n. 3166/2016, o Tribunal, acompanhando o voto do relator, considerou que, a par da incontornável ilegalidade, optou-se por não paralisar os processos de alienações já iniciados, quais sejam: Paraty 1, Paraty 3, Ópera, Portifólio 1 e Sabará.

Enfim, o TCU deu efeitos pró-futuros na decisão de vedar a Petrobrás em alienar seus ativos mesmo restando nítida a total inexistência de respaldo legal para tanto. Isto porque que nem o regimento interno, nem a Lei Orgânica do TCU previam modulações de efeitos, ao menos, não expressamente.

⁶⁶ Ibidem.

⁶⁷ Ibidem.

Ou seja, os prejuízos para a “segurança jurídica” dos processos em cursos justificariam a manutenção de um procedimento sem bases constitucionais, o que levaria a negativa da concessão da cautelar interruptiva.

Enfim, em que pese a Constituição Federal expressamente determinar a alienação de ativos por meio de procedimento licitatório em que seja dada ampla concorrência (leilão ou concorrência) e que a administração direta e indireta estejam expressamente vinculadas a legalidade estrita, na decisão, o TCU, em tese, ponderando os efeitos deletérios de uma suspensão de um procedimento em curso, pelo que se expôs, acabou inovando na ordem jurídica, sob o argumento de que suspender procedimentos já iniciados poderia gerar prejuízos maiores que a declaração de nulidade, *ex tunc*, ainda que sem qualquer previsão por parte do constituinte.

A decisão do TCU se apoia em diversas decisões do STF que já concedeu efeitos práticos futuros quando de eventual declaração de nulidade de uma norma e para as quais o retorno ao *status quo* possa gerar prejuízos maiores que a modulação dos efeitos. Mas no caso do STF, a lei 9868/99, expressamente prevê esta possibilidade no art. 27. Enfim, o TCU fez uma analogia sem previsão regimental.

Não obstante isso, o TCU elaborou a seguinte Súmula 222⁶⁸: as decisões do Tribunal de Contas da União, relativas à aplicação de normas gerais de licitação, sobre as quais cabe privativamente à União legislar, devem ser acatadas pelos administradores dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Ou seja, a súmula, em vigor, passou a conferir às decisões do TCU, órgão da União, eficácia *erga omnes* não somente para a administração federal, como lhe conferiu efeito vinculante em relação aos Tribunais de Contas dos demais Estados e Municípios, além de todas as administrações estaduais e municipais, sopesando-se, em teoria, o pacto federativo.

Ademais, algumas decisões do TCU, em que pese estarem em consonância com o texto legal, tem sido objeto de reforma pelo STF com ativismo deste em relação àquele.

Na decisão 663/2002⁶⁹ o TCU entendeu inconstitucional o Decreto 2.745/98 em conferir regime diferenciado de contratações à Petrobrás por inexistir, até então, lei que

⁶⁸ Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sumula-222-tcu/>. Acesso em 22 fev. 2019.

⁶⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. RELATÓRIO DE AUDITORIA REALIZADA NA ÁREA DE LICITAÇÕES E CONTRATOS. CONSIDERAÇÕES ACERCA DO ART. 67 DA LEI Nº 9.478/97 E DO DECRETO Nº 2.745/98, QUE APROVOU O REGULAMENTO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO SIMPLIFICADO DA PETROBRÁS. INCONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS. COMUNICAÇÃO À PETROBRÁS. EXISTÊNCIA DE OUTRAS IRREGULARIDADES. DETERMINAÇÕES. REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIAS. REMESSA DE CÓPIAS. Tc n 016.176/2000-5. Representante: Ministério Público da União. Representado: Petróleo Brasileiro S.A Petrobrás. Rel. Min. Unibratan Aguirar. Brasília, Diário Oficial do Tribunal de Contas da União, 19 jun. 2002. Disponível

regulamentasse o permissivo constitucional (decreto que extrapola o poder regulamentar), previsto no art. 173, §1º, II e III da CF/88, oportunidade em que se determinou dar ciência à Petrobrás, para alertá-la de que os atos doravante praticados com base nos referidos dispositivos seriam considerados como irregulares por esta Corte e implicariam na responsabilização pessoal dos agentes, devendo valer-se, em suas licitações, das prescrições contidas na Lei nº 8.666/93.

Enfim, sem regulamentação do art. 173 da CF/88, as empresas públicas, entre elas a Petrobrás, deveriam se adequar a regra geral aplicável a toda a administração federal.

O TCU considerou, ainda, inconstitucional o Decreto 2.745/98, que autorizava o regime privilegiado de contratações à Petrobrás, com base na súmula autorizativa do próprio STF n. 347⁷⁰, nestes termos: O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público.

Esclarece Jaboby Fernandes que a “a preocupação com esse tipo de controle é encontrado no direito comparado, cabendo destacar que, na Itália, submetem-se ao controle prévio, os decretos do Chefe de Estado.”⁷¹ O que não se observa, no direito comparado, é esta atribuição ser feita pelo Judiciário por Súmula e não pelo Congresso, titular do poder de legislar e conferir competências ou mesmo pelo Constituinte.

Não se reconhece no ordenamento qualquer prerrogativa conferida pelo judiciário que permita a um órgão auxiliar do legislativo exercer controle de constitucionalidade, o que já demonstra a inovação, por parte do STF, em conferir, por súmula, tal prerrogativa. Ocorre que a Petrobrás impetrou o mandando de segurança n. 25.888/DF⁷² com o pedido liminar questionando exatamente a competência atribuída pelo STF ao TCU para apreciar a constitucionalidade das leis, tendo sido concedida a cautelar n. 1193 para suspender o direito sumular então conferido pelo STF ao TCU sob o argumento que “a suspensão das licitações poderia inviabilizar a própria atividade da Petrobrás e comprometer o processo de exploração

em:<https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A14DB4AFB3014DBB2DC8AD36EE&inline=1>. Acesso em 22 fev. 2019.

⁷⁰ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2149>. Acesso em 22 fev. 2019.

⁷¹ FERNANDES, J. U. *Tribunais de Contas do Brasil*. 4. ed. São Paulo: Fórum, 2016. p. 311.

⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. TRATA-SE DE MANDADO DE SEGURANÇA, COM PEDIDO DE MEDIDA LIMINAR, IMPETRADO PELA PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. - PETROBRÁS, CONTRA ATO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, CONSUBSTANCIADO EM DECISÃO QUE DETERMINOU À IMPETRANTE E SEUS GESTORES QUE SE ABSTENHAM DE APLICAR O REGULAMENTO DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO SIMPLIFICADO, APROVADO PELO DECRETO Nº 2.745, DE 24/08/1998, DO EXMO. SR. PRESIDENTE DA REPÚBLICA. DEFIRO O PEDIDO DE MEDIDA LIMINAR, PARA SUSPENDER OS EFEITOS DA DECISÃO PROFERIDA PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (ACÓRDÃO Nº 39/2006) NO PROCESSO TC Nº 008.210/2004-7.COMUNIQUE-SE, COM URGÊNCIA. REQ (RELATÓRIO DE AUDITORIA) UISITEM-SE INFORMAÇÕES AO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E À ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. APÓS, DÊ-SE VISTA DOS AUTOS À PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA. Publique-se. Brasília, 22 de março de 2006. Rel. Ministro GILMAR MENDES Relator. STF - MS: 25888 DF, Data de Julgamento: 22/03/2006, Brasília, Diário Oficial de Justiça da União, 29 mar. 2006.

e distribuição de petróleo em todo o país [...].”⁷³ Ou seja, os exemplos acima demonstram as incongruências e os perigos à democracia e a segurança jurídica e a ordem constitucional que o ativismo pode gerar.

O primeiro caso, da alienação por parte da Petrobrás de seus ativos, demonstra que ao se permitir o ativismo por parte de judiciário, pode-se abrir o precedente para que outros órgãos o faça, como o fez o TCU ao conferir efeitos pró-futuros a uma contratação visivelmente ilegal. O segundo caso demonstra que ao permitir ao judiciário se tornar legislador positivo e até mesmo constituinte positivo, abre-se o precedente perigoso para que os demais órgãos o façam, como o fez o TCU na súmula 222 ao conferir efeitos vinculantes a seus julgados a todos os demais entes federados.

Por fim, o último caso demonstra que se o STF foi ativista ao conferir ao TCU a prerrogativa de controle de constitucionalidade sem qualquer previsão nos demais ordenamentos, também, posteriormente, o STF, concedeu liminar revogando o dispositivo autorizativo, ainda que a decisão tomada pelo TCU estive em estrita consonância com o texto positivo, ou seja, seria o caso do “a ativismo do ativismo”, pois conferiu-se um poder sem previsão legal e depois, no caso concreto, subtraiu-se este poder, sob uma motivação questionável do ponto de vista do interesse público.

5 CONCLUSÃO

O estudo em questão demonstrou que se por um lado, para alguns autores, o ativismo judicial pode ser justificado em vista a morosidade dos demais poderes, esta atitude não deixa de restar salvo a críticas, posto que ao se subtrair as competências dos demais poderes, o judiciário se transmuta em uma superistância com prejuízo a democracia e ao pacto federativo (Waldron, Tassinari).

Também se demonstraram estudos que questionam a legitimidade do poder judiciário em conferir concretude aos direitos programáticos, posto que, empiricamente, a administração tem-se provado possuir maiores *expertises* na conferência isonômica dos direitos fundamentais, em especial dado caráter *uti universi* inerente aos serviços público e a melhor informação de que disporia.

Também se demonstrou, dos estudos de casos apresentados, que o ativismo não é atribuível somente ao poder judiciário, mas permeia os demais poderes, como é possível

⁷³ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=120623>. Acesso em: 22 fev. 2019.

observar em diversas decisões do TCU, em especial na Súmula 222 que conferiu efeito vinculante as suas decisões, confirmando a hipótese levantada.

Os estudos de casos do TCU demonstram, ainda, que ao se permitir o ativismo pelo judiciário abre-se um precedente perigoso para que o mesmo possa ser feito por parte dos demais poderes, em nítido prejuízo a democracia e ao pacto federativo, o que já era alertado pela doutrina e que acabaram, empiricamente, confirmados.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, G. **Processo constitucional brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

BARROSO, L. R. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, J. N. M. *et al.* **Constituição e ativismo judicial**. Limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2011.

BRANCO, P. G. G. **Ativismo judicial e efetividade de direitos fundamentais**. 1. ed. Brasília: Editora IDP, 2016.

_____. **Curso de direito constitucional**. 9. Ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAMPOS, C. A. D. A. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CANARIS, C.W. **Direitos fundamentais e direito privado**. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

DWORKIN, R. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Levando os direitos à sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERNANDES, J. U. **Tribunais de Contas do Brasil**. 4. ed. São Paulo: Fórum, 2016.

GALDINO, S. *et. al.* Da legitimidade do ativismo judicial na família homoafetiva a partir da ação direta de inconstitucionalidade 4.277/2011. **Revista Jurídica** [s. l.], v. 2, n. 55, p. 418–447, 2019. disponível em: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=lgs&an=137332457&lang=pt-br&site=ehost-live>. Acesso em: 16 fev. 2020.

GRAGLIA, L. A. *It's not Constitutionalism, It's Judicial Activism*. Boston: **Harvard Journal of Law & Public Policy**, vol. 19, n. 2, p. 293, 1996.

HABERMAS, J. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. Trad. Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HESSE, K., **Die Normative krafr der Versasund**. 1. ed. Berlim: 1959.

HIRSCHL, R. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**. São Paulo, v. 251, 2009, p. 139-178.

KELSEN, H. **Reine Rechtslehre**, 2. ed. *Deutsch* (Alemanha): Steiner Franz Verlag, 2009.

_____, H. **Teoria Geral do Direito**. 5. ed. São Paulo, Martins Fontes: 2016.

LEAL, S. T. **Ativismo ou altivez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal**. 2008. 158 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Instituto de Direito Público de Brasília, Brasília, 2008.

LEITE, G. L.; STRECK, L.; NERY JR, N. **Crises dos poderes da República**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 209-225.

LUZ, M. E. Claus-Wilhelm Canaris. Direitos fundamentais e direito privado. **Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia**, Uberlândia, MG, v. 46, n. 2, p.180-185, jul./dez., 2018.

MARCHESI, M.; FONSECA, L. A. A legitimidade democrática do ativismo judicial para a concretização dos direitos fundamentais. Argumenta: **Revista Jurídica**, [s. l.], n. 19, p. 139–157, 2014. Disponível em: <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=lgs&AN=95375905&lang=pt-br&site=ehost-live>. Acesso em: 16 fev. 2020.

MELO, F. D. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MERRIAM-WEBSTER. **Merriam-Webster's Dictionary of Law**. Massachusetts: Merriam-Webster, 1996.

PASSOS, D. S. **Intervenção judicial nas políticas públicas: o problema da legitimidade**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

RAMOS, P. R. B.; JUNIOR, J. F. D. O. Características do Ativismo Judicial nos Estados Unidos e no Brasil. **Revista de Informação Legislativa**. Ano 51, número 204, dez., 2014. Disponível

em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/509926/001032251.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 28 fev. 2020. p. 36.

SCHLESINGER Jr., A. M. **The Supreme Court: 1947**. *Fortune* Vol. 35 (1), 1947.

SILVA RAMOS, E. **Ativismo Judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. Saraiva, 2015.

TASSINARI, C. **Jurisdição e ativismo judicial**: Limites da atuação do Judiciário. 1. ed. São Paulo, Livraria do Advogado Editora, 2012.

TRINDADE, A. K. Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em terrae brasilis. In: FERRAJOLI, L.; STRECK, L. L.; TRINDADE, A. K. (orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.