



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
ESCOLA DE DIREITO E RELAÇÕES INTERNACIONAIS
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA
COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO DE CURSO
MONOGRAFIA JURÍDICA

**O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E O ATIVISMO
JUDICIAL
A VINCULAÇÃO ENTRE OS INSTITUTOS**

ORIENTANDO (A): MARIANA CARVALHO DE OLIVEIRA
ORIENTADOR (A): PROF. GERMANO CAMPOS SILVA

GOIÂNIA
2021

MARIANA CARVALHO DE OLIVEIRA

**O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E O ATIVISMO
JUDICIAL: A VINCULAÇÃO ENTRE OS INSTITUTOS**

Monografia Jurídica apresentada à disciplina Trabalho de Curso II, da Escola de Direito e Relações Internacionais, Curso de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC GOIÁS).

Prof. Orientador: Germano Campos Silva

GOIÂNIA

2021

MARIANA CARVALHO DE OLIVEIRA

**O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E O ATIVISMO
JUDICIAL
A VINCULAÇÃO ENTRE OS INSTITUTOS**

Data da Defesa: 03 de dezembro de 2021.

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Ms. Germano Campos Silva Nota: _____

Examinador Convido: Prof. Dr. Ari Ferreira de Queiroz Nota: _____

Aos meus pais, com muito amor, por todo carinho e incentivo. Ao meu irmão, por toda a amizade. E ao meu namorado, por todo equilíbrio e apoio.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
CAPÍTULO I CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	10
1.1 ORIGENS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	10
1.2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: CONCEITO	12
1.3 MODELO DIFUSO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	14
1.4 MODELO CONCENTRADO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	18
1.5 INSTRUMENTOS PROCESSUAIS DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE	19
1.5.1 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE	22
1.5.2 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO	23
1.5.3 ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL.....	23
1.5.4 AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE	24
CAPÍTULO II ATIVISMO JUDICIAL	26
2.1 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	26
2.1.1 NATUREZA JURÍDICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	27
2.1.2 LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	29
2.1.3 COMPETENCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	31
2.2 ATIVISMO JUDICIAL: CONCEITO.....	32
2.2.1 AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL	33
CAPITULO III VINCULAÇÃO DOS INSTITUTOS	35
3.1 FATORES PARA O PROTAGONISMO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	36

3.2 RECENTES JURISPRUDÊNCIAS QUE RETRATAM O ATIVISMO JUDICIAL.....	38
CONCLUSÃO.....	42
Referências.....	44

RESUMO

Esta monografia tem como objeto o estudo das noções da imperiosidade da Constituição Federal, que nos leva a inevitabilidade de um tribunal para o desempenho do Controle de Constitucionalidade. Iniciaremos, portanto, pelas particularidades do surgimento e os aspectos essenciais daquele que será abordado nas suas mais diversas vertentes e classificações, chegando ao sistema que vige no ordenamento jurídico pátrio. Em seguida, será tratado o instituto denominado Ativismo Judicial, ocasionado pelas decisões e atuações dos órgãos do Poder Judiciário, fundadas na premissa de que o Supremo Tribunal Federal é, por determinação, o guardião da Constituição

Palavras-chave: Controle de Constitucionalidade. Ativismo Judicial. Constituição Federal. Ordenamento Jurídico.

This monograph aims to study the notions of sovereignty in the Federal Constitution, which does not lead to the inevitability of a court for the performance of Constitutionality Control. We will start, therefore, with the particularities of the emergence and the essential aspects of that which will be approached in its most diverse aspects and classifications, arriving at the system that is in force in the national legal system. Then, the institute called Judicial Activism will be treated, caused by the decisions and actions of the organs of the Judiciary, based on the premise that the Supreme Federal Court is, by determination, the guardian of the Constitution.

Keywords: Constitutionality Control. Judicial Activism. Federal Constitution. Legal Order.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como objetivo demonstrar e avaliar elementos do Controle de Constitucionalidade e vincular a relação deste instituto com o Ativismo Judicial.

Inicialmente, será abordada a questão de que a Constituição Federal tem, entre outras propriedades, a atribuição de supremacia no sistema jurídico brasileiro. De modo que, todos os regimentos infraconstitucionais devem guardar conformidade com a Carta Magna, sendo considerada inconstitucional aquela que divergir desta, em definida circunstância.

Para demonstrar a inconstitucionalidade de alguma norma, no ordenamento jurídico encontram-se duas formas de controle de constitucionalidade, a forma concentrada, e a forma difusa. Este estudo permite a compreensão de tais formas.

Nessa perspectiva, passamos a análise de um atual instituto que está tomando as discussões jurídicas modernas, que é o denominado ativismo judicial.

O presente trabalho será desenvolvido em três capítulos, sendo que o primeiro capítulo discorre sobre as origens e noções que tange o controle de constitucionalidade, expondo conceitos e as características mais importantes deste referido mecanismo.

No segundo capítulo o enfoque estará debruçado no ativismo judicial, discorrendo acerca do que o antecede, da natureza e legitimidade do órgão que lhe desenvolve, conceito, e o seu oposto. Já o terceiro e último capítulo falaremos sobre a relação dos institutos em si, e os fatores para o protagonismo do Supremo Tribunal Federal.

Nesta pesquisa, foi usado o estudo das doutrinas, monografias, revista jurídica, legislação, jurisprudências e fatos com o objetivo de propiciar a compreensão e opinião de demais estudiosos no âmbito do mecanismo e instituto aqui apresentados.

Ademais, pontua-se que a presente pesquisa de modo algum tem como propósito esgotar o tema, já que concerne, parte dela, de assunto consideravelmente novo e demasiadamente importante, havendo ainda muito o que ser analisado e amadurecido, a partir da experiência de sua aplicação aos casos concretos.

CAPÍTULO I

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

1.1 ORIGENS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle judicial de constitucionalidade se origina dos Estados Unidos da América, na conhecida decisão proferida pela Suprema Corte Americana, liderada por John Marshall, no caso *Marbury v. Madison*, no ano de 1803.

Na circunstância, embora a Constituição norte-americana não se referisse categoricamente a um sistema de controle de constitucionalidade, Marshall implementou o controle repressivo judicial, ao apreciar inconstitucional a seção 13 do *Judiciary Act* de 1789, que impropriamente havia amplificado a competência originária da Corte. Marshall afirmou que uma lei ordinária não poderia outorgar à Corte uma nova competência originária que não constasse do texto constitucional. Sobre a temática, afirma Gilmar Ferreira Mendes:

A revisão constitucional não nasceu de uma previsão expressa da Constituição, à diferença de outros países que o adotaram depois. Os pais fundadores tiveram a criatividade de, numa norma escrita, discernir dois tempos políticos e decisórios: o da política ordinária e o da política constituinte. Nada disseram sobre o controle de constitucionalidade. A menção de que a Constituição é a lei suprema e que cabe ao judiciário velar por ela abriu uma possibilidade interpretativa. Foi Marshall, num contestado exercício de lógica a partir destas duas premissas, quem tomou a iniciativa de decidir contra o legislador. (MENDES, 2008, p. 15).

Ao exteriorizar suas razões, John Marshall apresentou três grandiosos princípios que fundamentam o controle judicial de constitucionalidade: a supremacia

da Constituição, a nulidade da lei que contrarie a Constituição e a competência do Poder Judiciário para interpretação final da Constituição (BARROSO, 2011, p. 30).

Em 1920, após a instauração do modelo difuso americano, sobreveio uma variação relevante, o modelo concentrado de controle de constitucionalidade, com surgimento na Áustria através da criação do Tribunal Constitucional, com restrição para o exercício do controle judicial de constitucionalidade das leis e atos normativos.

O recente modelo distinguia-se do sistema americano, em virtude de que visava à supressão genérica da lei conflitante com as normas constitucionais e não a resolução de casos concretos.

Diversos países constituíram, no transcorrer do século XX, o controle concentrado de constitucionalidade, estabelecendo-o explicitamente no teor constitucional.

Para Gilmar Ferreira Mendes, o cenário moderno do controle de constitucionalidade, dispõe-se de quatro matrizes:

A primeira matriz é a americana, que criou o modelo difuso e confere a cada juiz esse poder de não aplicar a lei se a considerar inconstitucional. A segunda série é a austríaca, que não distribui essa competência por todo o Poder Judiciário, mas o concentra num Tribunal constitucional que faz o controle abstrato das leis. A terceira seria a França. Esse país adotou, por meio da Constituição da Quinta República, de 1958, um controle de constitucionalidade não jurisdicional, exercido pelo Conselho Constitucional. Esse órgão faz um exame de constitucionalidade unicamente preventivo, no bojo do processo legislativo. Antes, portanto, da promulgação da lei. No outro extremo, o modelo inglês, desprovido de qualquer controle de constitucionalidade e de uma Constituição escrita. Nesta escala, vai-se de uma ponta na qual o controle é disseminado por todo o Poder Judiciário, até a outra na qual o mecanismo simplesmente não existe. (MENDES, 2008, p. 16-17)

No Brasil, a Constituição Imperial de 1824 não abrangia qualquer sistema de controle de constitucionalidade. Apenas com a implantação da Constituição Republicana, em 1891, a ordenação jurisdicional de controle de constitucionalidade passou a integralizar nosso sistema normativo jurídico, admitindo-se a atribuição do Poder Judiciário para contestar a aplicabilidade dos atos inconstitucionais, tanto do Poder Legislativo como do Executivo.

Interessante ressaltar que o sistema do controle de constitucionalidade difuso no ordenamento jurídico brasileiro teve marco importante para sua concretização, vista por alguns constitucionalistas, a Lei 221, de 20 de novembro de 1894, que consentiu capacidade aos juízes e tribunais para repelir a aplicação das leis explicitamente inconstitucionais (BONAVIDES, 2011, p. 327).

As constituições subsequentes, inclusive a atual Magna Carta, promulgada em 1988, guardaram o sistema de controle de constitucionalidade estabelecido pela Constituição de 1891, incluindo algumas alterações.

Na atualidade, o sistema de controle jurisdicional de constitucionalidade no Brasil é misto, vez que confere os dois principais modelos, o concentrado e o difuso

1.2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: CONCEITO

A ideia do controle de constitucionalidade está ligada, intrinsecamente ao princípio da rigidez constitucional, que se configura pela exigência de um processo de criação mais complexo do que aquele para elaborar as normas comuns.

O sistema jurídico constitui-se em uma pirâmide hierárquica de normas, e a Constituição por conter as normas basilares do Estado encontra-se no ápice desse complexo normativo.

A soberania da Carta Magna em referência aos demais atos normativos decorre do princípio da supremacia constitucional, segundo o qual a Constituição é a lei fundamental e suprema do Estado em relação às demais normas infraconstitucionais.

Em virtude dessa soberania, a Constituição não pode ser contraditada por uma norma hierarquicamente inferior, pelo contrário, as outras normas precisam estar em consonância com os preceitos constitucionais e neles encontrar seu parâmetro de validade.

Luís Roberto Barroso, doutrina que:

A supremacia da Constituição revela sua posição hierárquica mais elevada dentro do sistema, que se estrutura de forma escalonada em diferentes níveis. É ela o fundamento de validade de todas as demais normas. Por força dessa supremacia, nenhuma lei ou ato normativo – na verdade, nenhum ato jurídico – poderá subsistir validamente se estiver em desconformidade com a Constituição. (BARROSO, 2011, p. 23)

A fim de assegurar a proteção da supremacia da norma constitucional, é indispensável verificar a adaptação das normas inferiores aos preceitos determinados pela Lei Básica, o que se faz por via dos mecanismos de controle de constitucionalidade.

Assim sendo, o controle de constitucionalidade é um instrumento de preservação da primazia contra normas, atos e omissões distintas a matéria constitucional, ocasionando assim a importância deste mecanismo para a guarda e ordem do Estado Democrático de Direito.

Absorvidas as ideias iniciais do controle, pressupõe também como elemento imprescindível, a existência de um ou mais órgãos propostos pela Constituição capazes para exercê-lo. Constata-se, portanto, que o controle de constitucionalidade gozará como fundamentado a supremacia constitucional; a rigidez constitucional; e um órgão competente.

O controle da constitucionalidade dos atos normativos pode ser exercido tanto de maneira repressiva, como de maneira preventiva.

O controle preventivo pode ser realizado tanto pelo Poder Legislativo, como pelo Poder Executivo, pelo primeiro realiza-se através do processo legislativo e tem como propósito impedir que um ato inconstitucional entre em vigor, por meio das comissões de constituição e justiça existentes na respectiva casa. Refere-se a um controle prévio, de natureza política.

No Poder Executivo o controle se passa depois de anuência de definido projeto de lei, onde o Chefe do Executivo poderá vetá-lo. Ao apreciar o projeto de lei inconstitucional, impossibilita-se dessa forma, o ingresso desta determinada lei no ordenamento jurídico. A título de exemplo, excepcionalmente, na tentativa de criar um projeto de emenda constitucional (PEC) que tende a abolir cláusula pétreia

disposto no artigo 60 da Constituição Federal de 1988, sua genuína tramitação é inconstitucional.

O controle repressivo, no que lhe concerne, é realizado após a entrada da lei em vigor. Se a norma é inconstitucional, tem de perder sua eficácia e ser removida do ordenamento jurídico.

Normalmente no Brasil, o controle repressivo é realizado, pelo Poder Judiciário, que o faz por meio da jurisdição constitucional, e pode ser realizado tanto por qualquer juiz ou tribunal (controle difuso), como por um único órgão (controle concentrado).

Nessa última forma da realização de controle, eventualmente, manifesta-se o fenômeno do ativismo judicial, que alcança maior destaque quando aferido em decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, porque a este compete, basilaramente, a guarda da Constituição.

1.3 MODELO DIFUSO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A forma difusa do controle de constitucionalidade, como já apresentado previamente, detém origem histórica norte-americana de 1803, quando o célebre caso *Marbury v. Madison* levou o então juiz John Marshall a defendê-lo e exercê-lo abertamente na Suprema Corte.

Marshall, assegurou a soberania da Constituição na qualidade de norma fundamental do Estado e, por decorrência, a imprescindibilidade e o dever específico a todo o Poder Judiciário americano de proferir suas decisões em conformidade com ela, portanto, o sistema difuso caracteriza-se pela atribuição aos órgãos judiciários para exercer o controle de constitucionalidade.

Conforme ensina Barroso (2011, p. 69), no modelo difuso:

sendo a Constituição uma lei, e uma lei dotada de supremacia, cabe a todos os juízes interpretá-la, inclusive negando aplicação às normas infraconstitucionais que com ela conflitem.

No Brasil, cumpre-se por meio do mecanismo difuso a fiscalização de constitucionalidade por via incidental, também conhecida como via de exceção ou defesa.

No controle por via incidental, como leciona Clève (1995, p. 60), a inconstitucionalidade da norma é fomentada, incidentalmente, no curso de um caso concreto sujeitado à apreciação do Judiciário. Ficando manifestamente efetivada, e ocorrendo o reconhecimento de alguma discordância entre a legislação e a Lei Maior, deve rigorosamente ser aplicada esta última, por estar em posição superior no complexo normativo, acima de qualquer lei ordinária oriunda do Poder Legislativo.

Nesse sentido leciona Masson (2016, p. 1072):

Nessa modalidade de controle, em que se faz a fiscalização concreta de constitucionalidade, qualquer juiz ou Tribunal do Poder Judiciário possui competência para verificar a legitimidade constitucional dos atos estatais, não havendo nenhuma restrição quanto ao tipo de processo. Segundo o STF, “Todo e qualquer órgão investido do ofício judicante tem competência para proceder ao controle difuso de constitucionalidade”. Assim, o controle difuso, segundo o modelo norte-americano, realiza-se no caso concreto, em qualquer ação, incidentalmente. Nessa via de controle, o juízo de verificação da compatibilidade da norma com o texto constitucional não é a questão principal (objeto da ação), mas, tão somente uma questão prejudicial, isto é, um antecedente lógico a ser resolvido antes de se passar a questão principal.

Sendo a arguição incidental, propicia que qualquer interessado suscite a inconstitucionalidade, em qualquer processo, seja de que natureza for, qualquer que seja o juízo, não há formalidade alguma.

Perante a perspectiva do princípio jurídico da vedação da surpresa, disposição do artigo 10 do Código de Processo Civil, traz uma especificidade a respeito das considerações de questões públicas de ofício. Na qual o juiz deverá oportunizar um ínfimo contraditório, possibilitando assim dar vistas as partes para se exteriorizarem antes de decidir pela declaração incidental.

O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Além disso, poderá ser arguido em qualquer ação de natureza subjetiva, em polo de competência originária ou recursal, não ocorrendo primordialidade de ações específicas.

Ao denegar aplicação de definida lei no caso concreto para julgar contradição, sob a óptica do juiz declarar a inconstitucionalidade, estará assim julgando o caso concreto e garantindo a supremacia da constituição.

Nos dizeres de Luís Roberto Barroso (2016, p.195) o qual esclarece onde poderá ser suscitada a questão constitucional.

A questão constitucional pode ser levantada em processos de qualquer natureza, seja de conhecimento, de execução ou cautelar. O que se exige é que haja um conflito de interesses, uma pretensão resistida, um ato concreto de autoridade ou a ameaça de que venha a ser praticado. O controle incidental de constitucionalidade somente pode se dar na tutela de uma pretensão subjetiva. O objeto do pedido não é o ataque à lei, mas a proteção de um direito que seria por ela afetado. Havendo a situação concreta, é indiferente a natureza da ação ou do procedimento. O que não é possível é pretender a declaração de inconstitucionalidade da lei em tese, fora de uma lide, de uma disputa entre partes. Para isso existe a ação direta de inconstitucionalidade, para cuja propositura a legitimação ativa é limitada. A matéria é de longa data pacífica na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Contudo, a matéria constitucional, nesse caso, manifesta-se como questão prejudicial e não como questão principal no processo. Deve, imperiosamente, existir um litígio, cuja solução consista na declaração sobre a constitucionalidade de determinado ato normativo.

Gilmar Ferreira Mendes (1990, p. 199) entende que não é indispensável que haja alegação dos litigantes. Pode o juiz ou tribunal recusar, de ofício, a aplicação da lei que considere inconstitucional.

A eventualidade de arguição de inconstitucionalidade não se delimita aos casos em que esta seja essencial como tese de defesa, mas também pode basear a presunção do autor em uma ação. A título de experiência, Luís Roberto Barroso (2011, p. 112) cita a possibilidade de um contribuinte, por meio de um mandado de segurança preventivo, procurar eximir-se do recolhimento de tributo instituído por lei, cuja constitucionalidade é questionável.

André Ramos Tavares (1998, p. 13) considera que, levando em consideração que o controle é praticado por todos os órgãos do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal retrata mais uma etapa, ao lado das outras, mas como o último patamar de averiguação da constitucionalidade. Isso indica que, no sistema pátrio, o STF também atua na fiscalização difusa e/ou incidental de

constitucionalidade, seja nos processos de sua competência inicial, seja no juízo de recursos ordinário e extraordinário.

No controle por meio incidental, mesmo que pronunciada pelo Supremo Tribunal Federal, a decisão judicial que reconhece e alega a inconstitucionalidade da norma não invalida a lei, somente ordena a sua não aplicabilidade ao objeto da lide, no caso concreto. Ou seja, não provoca efeito *erga omnes*, visto que a alegação de inconstitucionalidade não é o objeto determinante do processo.

Assim sendo, Alexandre de Moraes (2006, p. 645) leciona:

Nesta via o que é outorgado ao interessado é obter a declaração de inconstitucionalidade somente para o efeito de isentá-lo, no caso concreto, do cumprimento da lei ou ato, produzidos em desacordo com a Lei maior. Entretanto, este ato ou lei permanecem válidos no que se refere à sua força obrigatória em relação a terceiros.

A lei prossegue válida e, inclusive, poderá ser empregada em outro caso concreto sujeitado à análise do Poder Judiciário. O juiz não estará subordinado à decisão proferida em outro processo, podendo aderir outra tese que conclua pela constitucionalidade da lei.

Com o propósito de possibilitar a atribuição de eficácia geral à decisão proferida no caso concreto, a Constituição concede ao Senado Federal a competência privativa para impedir a execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF. Relaciona-se, porém, de uma atividade discricionária do Senado, como salienta Luís Roberto Barroso (2011, p. 151):

A atuação do Senado não tem caráter vinculado, mas discricionário, sujeitando-se ao juízo de conveniência e oportunidade da casa legislativa. Trata-se de ato político, não sujeito a prazo, podendo o Senado suspender o ato normativo, no todo ou em parte, ou simplesmente não o suspender, negando, assim, a extensão *erga omnes* da decisão do Supremo.

Clemerson Merlin Clève (1995, p. 97) considera descabida a atribuição de tal aptidão ao Senado Federal:

Num momento (1934) em que se temia o —governo dos juízes, em que se procurava manter a fiscalização incidental; em que se buscava as vantagens da fiscalização concentrada (eficácia *erga omnes*); em que se procurava harmonizar as competências do Judiciário, sem, todavia, amesquinhar o Legislativo, a fórmula encontrada pelo Constituinte de 1934, para estender ao julgado da Suprema Corte a eficácia *erga omnes*, parece

ter sido criativa e adequada. Cumpre, agora, todavia, questionar a permanência da fórmula na Constituição de 1988. Parece constituir um anacronismo a permanência do mecanismo quando o país adota, hoje, não apenas a fiscalização incidental, mas também a “em tese”, decorrente da ação direta e, inclusive, para suprimento de omissão. Parece que chegou a hora de transformar o Supremo Tribunal Federal em verdadeira corte especializada em questões constitucionais, retirando-se do Senado a atribuição discutida no presente item.

Luís Roberto Barroso (2011, p. 152), comparte do mesmo pensamento, defendendo que uma decisão da Corte Suprema deve produzir efeitos gerais, tanto no controle incidental como em ação direta, argumentando que com a criação da ação genérica de inconstitucionalidade pela Emenda Constitucional nº 16/65, e com o contorno dado à ação direta pela Constituição de 1988, não há lógica razoável para a manutenção da competência atribuída ao Senado Federal.

1.4 MODELO CONCENTRADO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle no modelo concentrado, é realizado por um órgão específico, normalmente designado à Corte Constitucional, ou ainda, o Supremo Tribunal Federal. O órgão é originado com a função própria ou típica de defesa da Constituição.

No Brasil, o controle concentrado de constitucionalidade foi inserido por meio da Emenda Constitucional nº 16, de 6 de dezembro de 1965, que outorgou ao STF a atribuição para processar e julgar imperiosamente a representação de inconstitucionalidade de ato normativo, lei estadual ou federal.

A atual Constituição brasileira, promulgada em 1988, concede ao Supremo Tribunal a incumbência precípua de “Guardião da Constituição”, e prevê o exercício do controle concentrado por via principal, caso em que a fiscalização intercorre de forma direta, ao contrário do que acontece no controle por via de exceção.

A declaração de inconstitucionalidade da norma, no controle por via direta, não se deriva de um caso concreto sujeitado a julgamento. Obtém-se a anulação da lei, para garantir a segurança das relações jurídicas, que não podem ser embasadas em normas inconstitucionais (MORAES, 2006, p. 665).

Contesta-se, perante o Tribunal Constitucional, a própria lei e, se desconcordante com a Magna Carta, perderá sua validade. A invalidação, em consequência, acarretará efeito erga omnes, ou seja, vinculará a todos e não só às partes do processo, como acontece no controle difuso.

Segundo Luís Roberto Barroso (2011, p. 72):

Trata-se de controle exercido fora de um caso concreto, independente de uma disputa entre as partes, tendo por objeto a discussão da validade da lei em si. Não se cuida de mecanismo de tutela de direitos subjetivos, mas de preservação da harmonia do sistema jurídico, do qual deverá ser eliminada qualquer norma incompatível com a Constituição.

Habitualmente, a iniciativa do controle concentrado fica restringida, exclusivamente a determinadas autoridades públicas, não sendo facultada a iniciativa individual dos cidadãos. Paulo Bonavides (2011, p. 308) posiciona-se ao contrário a esse impedimento por interpretar que ela tem natureza antidemocrática:

O controle por via de ação toma nesse caso um sentido de controle formal de constitucionalidade, voltado sobretudo para resolver conflitos entre os poderes públicos. Desde então relega-se a segundo plano a defesa do conteúdo da ordem constitucional, dos direitos e garantias dos cidadãos, que a sobredita técnica nem sempre resguarda em toda a amplitude, talvez pelo 16 preconceito antidemocrático de não consentir ao cidadão a possibilidade de desfazer por sua iniciativa mesma aquilo que foi obra do legislador.

André Ramos Tavares (1998, p. 22), por sua parte, compreende que conferir ao cidadão legitimidade para deflagrar o processo de controle de constitucionalidade por meio do Tribunal competente, carece prudências acerca da viabilidade prática desse posicionamento, salientando que, de qualquer forma, o cidadão, quando ingressa em juízo pleiteando direito respaldado na Constituição, valendo-se do controle difuso, acaba operando, também, como patrono da Constituição.

1.5 INSTRUMENTOS PROCESSUAIS DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

A Constituição da República Federativa do Brasil prevê várias ações típicas do controle concentrado de constitucionalidade, por meio das quais o STF operará em proteção à Constituição. São elas:

- Ação direta de inconstitucionalidade;
- Ação direta de inconstitucionalidade por omissão;
- Ação declaratória de constitucionalidade;
- Arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Dispõe o artigo 103 da CRFB/88, que possui legitimidade para a propositura destas ações o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.

A ampliação do rol de legitimados para a propositura das ações em sede do controle concentrado, objetivando seu reforço, foi uma das novidades trazidas pela Constituição de 1988.

Sobre essa inovação, disserta Luiz Alberto David Araújo (2005, p. 222):

Preocupada com a titularidade isolada do Procurador-Geral da República para o ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade, como era na EC n. 1, de 1969, a Constituição Federal de 1988 cuidou de arrolar, em seu art. 103, os legitimados para o ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade. Houve aumento dos legitimados, ampliação que só mereceu elogios, pelo caráter democrático do acesso mais alargado para o controle concentrado.

A novidade trouxe um significativo aumento nas demandas e com o intento de aliviar, o STF criou através de jurisprudência defensiva, um mecanismo que atua como uma espécie de requisito para a legitimidade ativa: a pertinência temática.

Refere-se a uma exigência na qual o órgão que se propõe a discussão de constitucionalidade de uma lei deva demonstrar claramente que a decisão final tenha ligação direta entre o objeto da ação e a atividade de representação por ele desenvolvida.

Segundo o entendimento de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2018, p. 2033):

A relação de pertinência envolve inequívoca restrição ao direito de propositura, que, tratando-se de processo de natureza objetiva, dificilmente poderia ser formulada até mesmo pelo legislador ordinário. A relação de pertinência assemelha-se muito ao estabelecimento de uma condição de ação – análoga, talvez, ao interesse de agir do processo civil –, que não decorre dos expressos termos da Constituição e parece ser estranha à natureza do sistema de fiscalização abstrata de normas.

Destarte, apenas o Presidente da República, as Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, o Procurador- Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e os partidos políticos possuem interesse processual para propor ADI sobre qualquer tema, ao passo que os demais legitimados têm de demonstrar, em cada ajuizamento, a importância inerente à demanda.

Importante ressaltar que o STF, em sede de jurisprudência, entende que todos os legitimados, com exceção das confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional e os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, dispõem de capacidade postulatória. Portanto, estes podem propor suas ações sem a necessidade de representação processual. Aos demais legitimados, contudo, é necessária a apresentação de procuração com poderes específicos.

Vale evidenciar que, abordando as causas de interesse social, contanto que ajuizadas, as ações em sede de controle concentrado de constitucionalidade não são suscetíveis de desistência, como também não se submetem a prazos decadenciais ou prescricionais.

Em geral, todas as decisões em sede de controle concentrado detêm eficácia *erga omnes*, ou seja, para todos; *ex tunc* – ou seja, retroativa – e vinculante para todo o Poder Judiciário e para todos os órgãos da Administração Pública, direta e indireta.

Todavia, por alegações de segurança jurídica ou notável interesse social, é possível a incumbência da modulação dos efeitos da decisão, de acordo com o que dispõe do artigo 27 da Lei nº 9.868/99, *in verbis*:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Importante salientar, nesse ponto, que para a decisão de declaração de inconstitucionalidade de ato normativo ou lei, o STF terá de considerar a cláusula de reserva de plenário, que determina a indispensabilidade dos votos da maioria absoluta dos membros do Tribunal ou de seu Órgão Especial.

Por fim, a decisão que declara constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da norma/lei é irrecorrível, salvo a interposição de embargos declaratórios, para eventuais esclarecimentos de obscuridades. Da mesma forma não pode ser objeto de ação rescisória, considerando a natureza declaratória da decisão.

A seguir, abordaremos brevemente a caracterização de cada modalidade das ações do controle concentrado de constitucionalidade.

1.5.1 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

A ação direta de inconstitucionalidade, sobreveio por meio da Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, à Constituição de 1946. Nesse tipo de ação, o processo é objetivo, não há que se falar em interesses individuais nem em tutela de direitos subjetivos (BARROSO, 2011, p. 178). Busca-se, aqui, propriamente, o controle de constitucionalidade abstrato, sendo suas características a generalidade, a impessoalidade e abstração (LENZA, 2009, p. 191).

Nesse sentido, leciona Alexandre de Moraes (2006, p. 666):

O autor da ação pede ao Supremo Tribunal Federal que examine a lei ou ato normativo federal ou estadual em tese (não existe caso concreto a ser solucionado). Visa-se, pois, obter a invalidação da lei, a fim de garantir-se a segurança das relações jurídicas, que não podem ser baseadas em normas inconstitucionais. A declaração da inconstitucionalidade, portanto, é o objeto principal da ação, diferentemente do ocorrido no controle difuso.

Os atos contestáveis mediante a ação direta de inconstitucionalidade, de acordo com o artigo 102, I, “a”, da Constituição Federal, são a lei e o ato normativo federal ou estadual.

1.5.2 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão tem por finalidade conferir eficácia às normas constitucionais, que necessitem de complementação infraconstitucional, sendo cabida, portanto, quando o Poder Público se abstém de um dever que a Constituição lhe ofertou (MORAES, 2006, p. 696).

Tavares (1998, p. 139), alerta que a ação de inconstitucionalidade por omissão só é anuída por omissão, desde que proveniente dos Poderes Públicos e de natureza normativa.

1.5.3 ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

A arguição de descumprimento de preceito fundamental integra mais um instrumento de controle abstrato de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro. A medida, prevista no texto constitucional da CRFB de 1988, foi normatizada pela Lei 9.882, de 3 de dezembro de 1999.

Leciona Alexandre de Moraes (2006, p. 711):

É evitar lesões a princípios, direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal, ou, repressivamente, repará-las, quando causadas por conduta comissiva ou omissiva de qualquer dos poderes públicos.

Pedro Lenza (2009, p. 251) e Luís Roberto Barroso (2011, p. 305) alertam para o fato de que nem a Constituição nem a lei definiram o sentido e o entendimento da expressão “preceito fundamental”, assentindo essa função para a jurisprudência e doutrina.

Logo, são vários os conceitos ofertados pela doutrina. Na opinião de José Afonso da Silva (2006, p. 562), a expressão “preceitos fundamentais” não compreende somente os princípios fundamentais, mas também todas as prescrições que dão a interpretação básica do regime constitucional, em específico os referentes as garantias e preceitos fundamentais. Enfatiza o autor que, daí, pode surgir a expansão da liberdade a ser exercida pelo Tribunal Constitucional, na jurisdição constitucional.

No entendimento de Oscar Vilhena Vieira (2002, p. 132), a CRFB, ao criar a arguição de descumprimento de preceito fundamental, outorgou a Corte, por via direta, fiscalizar o cumprimento do legislador também no tocante àqueles preceitos que não estejam materializados no texto constitucional, mas sejam dele derivados.

Somente demonstra-se a arguição de descumprimento de preceito fundamental quando de fato for o caso para tal e não houver outro meio de reparar a lesividade. Assim, representa-se o caráter subsidiário da ação em questão.

1.5.4 AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE

A ação declaratória de constitucionalidade, incluída no direito brasileiro pela Emenda Constitucional nº 03/93, tem como objetivo buscar, junto ao Poder Judiciário, a declaração de constitucionalidade de um ato normativo, intentando afastar a insegurança jurídica ou o estado de incerteza sobre a sua validade (LENZA, 2009, p. 267).

Tendo em consideração o princípio da presunção absoluta dos atos normativos, proveitoso é o esclarecimento acerca da ação declaratória de constitucionalidade, formulado por Pedro Lenza (2009, p. 267):

Busca-se por meio dessa ação declarar a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal. Indaga-se: mas toda lei não se presume constitucional? Sim, no entanto, o que existe é uma presunção relativa (*juris tantum*) de toda lei ser constitucional. Em se tratando de presunção relativa, admite-se prova em contrário, declarando-se, quando necessário, através dos mecanismos (ADI genérica ou controle difuso), a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo. Pois bem, qual seria, então, a utilidade dessa ação? O objetivo da ADECON é transformar uma presunção relativa de constitucionalidade em absoluta (*jure et de jure*), não mais se admitindo prova em contrário. Ou seja, julgada procedente a ADECON, tal decisão vinculará os órgãos do Poder Judiciário e administração pública, que não mais poderão declarar a inconstitucionalidade da aludida lei, agir em desconformidade com a decisão do STF. Não estaremos mais, repita-se, diante de uma presunção relativa de constitucionalidade da lei, mas absoluta.

A ação é sugestionada em casos em que o ato normativo (apenas ato federal) esteja provocando divergências jurisprudenciais, visando definir uma orientação homogênea na matéria, já que a decisão tem efeitos *erga omnes* e eficácia vinculante.

Nessa perspectiva, Alexandre de Moraes (2006, p. 700), salienta que a ação oferta ao Supremo Tribunal Federal a decisão sobre a constitucionalidade de um dispositivo legal que esteja sendo atingido pelos órgãos judiciais inferiores, afastando-se o controle difuso.

CAPÍTULO II

ATIVISMO JUDICIAL

2.1 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Para melhor entender o fenômeno do Ativismo Judicial no âmbito da Corte Constitucional, que precipuamente se desempenha através do Supremo Tribunal Federal, se faz indispensável um breve estudo a respeito da jurisdição constitucional, da natureza jurídica e legitimidade dos tribunais constitucionais.

Posto que, do princípio da Supremacia da Constituição, que vige no Estado Democrático de Direito, sucede a inevitabilidade da concepção de mecanismos de proteção à Carta Magna.

O controle de constitucionalidade é um dos mecanismos da jurisdição constitucional, que é a atividade realizada por órgãos com aptidão para tal, característica adotada pelos tribunais constitucionais, habilitados na fiscalização da constitucionalidade das leis.

Dos preceitos obtidos da teoria geral do processo, considera-se que a jurisdição compreende a aplicabilidade do direito (normas abstratas) a um caso concreto sujeito à análise judicial, portanto, considerada uma das essenciais funções do Estado. Em seu exercício, o Estado substitui as partes na solução dos conflitos de interesse, julgando de forma imparcial e definitiva, instituindo a coisa julgada em determinada controvérsia que a ele tenha sido submetida.

A jurisdição, em relação à matéria, se distingue em ordinária, que abrange as questões não constitucionais, adotando o caráter residual; e em jurisdição constitucional, que trata de matérias exclusivamente constitucional.

Baseada nessa classificação, se torna possível compreender que a jurisdição constitucional se harmoniza com a atividade de interpretação e aplicação da CRFB por órgãos judiciais.

O controle de constitucionalidade é um dos elementos mais relevantes da jurisdição constitucional, abrange não somente a este instituto quando direcionado às leis, mas também ao controle dos demais atos do Poder Público, contando que a proteção esteja fundada na Constituição.

A esse respeito, Luís Roberto Barroso define:

A jurisdição constitucional compreende o poder exercido por juízes e tribunais na aplicação direta da Constituição, no desempenho do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público em geral e na interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a Constituição. (2011, p. 446/447)

A jurisdição constitucional, que tem como objetivo a conservação do princípio da supremacia da CRFB é realizada, no Brasil, por todos os juízes e tribunais, pelo modelo difuso do controle de constitucional. Entretanto, o STF, órgão supremo do Poder Judiciário, desempenha função significativa na prática da jurisdição, posto que a ele incumbe, essencialmente, a defesa da Constituição, consoante se depreende do artigo 102, da CRFB.

2.1.1 NATUREZA JURÍDICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A natureza jurídica do Supremo Tribunal Federal encontra-se em divergência na doutrina, em específico, se esse órgão pode ser conhecido como Tribunal Constitucional ou não. Essa classificação é pertinente, na medida em que, caso efetivamente fosse visto como Tribunal Constitucional, poderia o STF apenas realizar julgamentos em sede de controle concentrado, conseqüentemente eliminando o controle difuso de suas atuações.

Conforme já enfatizado, o STF executa a nobre função de guardião da CRFB, e em todo o território nacional, conforme previsão expressa na Constituição, o STF é o órgão do Poder Judiciário que possui competência para julgar os Recursos Ordinários e Extraordinários provenientes das decisões de outros tribunais, cujas decisões são proferidas em última instância, isto é, sem a possibilidade de recurso.

Em concomitância, os Tribunais Constitucionais possuem como função típica, o controle de constitucionalidade, zelando pela correta interpretação e aplicação das normas constitucionais, ou seja, julgar se determinado tema é constitucional ou inconstitucional.

Deste modo, é possível afirmar o duplo papel do STF, em outras palavras, possui natureza jurídica híbrida, como sendo o Tribunal Constitucional, visto que processa e julga ações destinadas à proteção da Constituição contra violações por atos normativos infraconstitucionais, assim como, sendo a Suprema Corte, pois julga em última instância recursos oriundos de outros Tribunais e/ou do próprio STF, sem possibilitar nenhum reexame da decisão proferida.

Oscar Vilhena Vieira (2002, p. 43), leciona que, o modelo brasileiro é um dos mais complexos, pois, embora preliminarmente tenha tido como inspiração o sistema difuso americano, tem se consolidado o mecanismo do controle concentrado.

Nessa perspectiva, é considerável apontar o pensamento adverso de André Ramos Tavares (1998, p. 129), o qual diz que, apesar de o Supremo Tribunal Federal exercer diversas funções típicas de um Tribunal Constitucional, não pode ser conhecido como tal, tendo em vista que não detém exclusividade no controle de constitucionalidade, já que, no Brasil, o controle realiza-se também pelo modelo difuso.

Ainda, segundo esse autor, por julgar outros assuntos que não se referem ao controle de constitucionalidade, apenas em parte a Corte Suprema pode ser considerada um Tribunal especializado.

2.1.2 LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A Legitimidade Democrática do Supremo Tribunal Federal, pode se amparar no fato de ele ser instituído pela CRFB, que é consequência do poder constituinte originário. Porém, tal amparo, por si próprio, não se demonstra eficiente para opor-se às considerações em relação à legitimidade da Suprema Corte.

Na classificação do sistema democrático, o governo pertence ao povo, o qual executa através de seus representantes, eleitos democraticamente por meio do voto popular. Tais representantes compõem os Poderes Executivo e Legislativo.

De outro modo, ao STF é concedido o poder de, por intermédio do controle de constitucionalidade, invalidar decisões produzidas pelas pessoas que representam o povo, na ocasião em que se revelam contrárias com a Constituição.

Acontece que, a escolha dos integrantes do STF não se dá pelo voto popular, mas, via de regra, por designação do parlamentarismo ou do Poder Executivo, no último caso por meio de anuição do Poder Legislativo.

Por esse motivo manifesta-se a hesitação acerca da Legitimidade Democrática do Supremo Tribunal Federal.

Entretanto, vale destacar o entendimento de Rodrigo Carneiro Gomes (2010, p. 277), que considera a designação política de membros do Tribunal Constitucional correspondente a uma eleição indireta, tendo em vista que tal designação é feita por quem é legitimado democraticamente, no caso o Parlamento ou o Chefe do Poder Executivo.

Levando em consideração o princípio majoritário, que caracteriza elemento ativo contra a Legitimidade Democrática do STF, deduz-se: o que tem de predominar é a vontade da maioria.

Em sentido contrário, Luís Roberto Barroso (2011, p. 80), leciona:

A democracia não se assenta somente no princípio majoritário, mas também na realização de valores substantivos, na concretização dos direitos fundamentais e na observância dos procedimentos que assegurem a participação livre e igualitária de todas as pessoas no processo decisório. A

tutela desses valores, direitos e procedimentos é o fundamento de legitimidade da jurisdição constitucional.

Portanto, como forma de proteger o funcionamento do sistema democrático, assegura-se a defesa aos excluídos e às minorias. O STF, realiza essa função ao desempenhar a atribuição como defensor da Constituição.

No que diz respeito a legitimação processual do acesso à Suprema Corte, é limitada, sendo concedida somente a alguns órgãos e pessoas determinadas pela CRFB.

Levando em conta a limitação imposta, é cabível abordar sobre a existência de posicionamentos críticos, a qual é considerada uma medida antidemocrática, em razão da vedação da admissão dos cidadãos ao Supremo Tribunal Federal, no que diz respeito ao controle concentrado de constitucionalidade.

Todavia, nesse sentido, não é considerável contestar a Legitimidade Democrática da Suprema Corte, visto que, o cidadão tem alcance à jurisdição constitucional através do controle difuso de constitucionalidade, e pode chegar ao STF por meio dos recursos cabíveis, previstos na Constituição.

A atual Carta Magna, promulgada em 1988, amplificou o rol de legitimação para provocar o STF em sede de controle concentrado. Medida que, muito provavelmente, teve como finalidade impulsionar a democratização do processo constitucional. Esse incentivo se torna mais claro quando atentamos a legitimação atribuída aos órgãos não governamentais, como o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e as confederações sindicais.

Voltado ao mecanismo da democratização, vale salientar, o instituto do *amicus curiae*, isto é "amigo da corte", que acabou sendo incorporado ao texto da Lei 9.868 de 1999. Segundo entendimento de Gilmar Ferreira Mendes (2019, p. 2062), esse instituto positiva-se no processo de controle de constitucionalidade após a anuência para que o relator, ao considerar a representatividade dos postulantes e a pertinência temática, admita a manifestação de outras entidades ou órgãos no processo.

Inobstante a progressiva implantação de novos aspectos que cooperam para a democratização do STF, a hesitação em relação à sua Legitimidade Democrática converte-se em maior discordância quando, ao ser suscitada em questões inerentes a relevantes interesses sociais, a Suprema Corte atribui-se de caráter proativo, principalmente em contextos de omissão do Poder Legislativo.

Essa postura proativa adotada pela Corte Suprema, acaba por caracterizar o instituto do Ativismo Judicial, tema a ser desenvolvido nos títulos seguintes.

2.1.3 COMPETENCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

De acordo com o que já foi ressaltado, a CRFB concedeu à Suprema Corte a atribuição essencial de proteção da Constituição. Ademais, dissociou as competências do órgão de cúpula do Poder Judiciário, em competência originária e recursal.

A competência originária se pormenoriza no julgamento único e determinante realizado pelo Tribunal. A competência recursal, no que lhe concerne, representa as decisões tomadas por outras instâncias judiciais relativas à matéria constitucional.

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 102, elenca as competências atribuídas ao Supremo Tribunal Federal, e ainda introduz o parágrafo 1º do referido artigo, à competência do STF para a apreciação da arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente da Constituição.

André Ramos Tavares (1998, p. 127/128), destaca que as competências originárias estabelecidas no inciso I, alíneas "a", "o" e "p", do artigo supracitado, são exemplos de atribuições típicas de um Tribunal Constitucional, enquanto as competências recursais determinadas no inciso III, alíneas "a", "b" e "c", são típicas de uma Corte Suprema. As outras competências, de acordo com o autor, deveriam ser movidas para demais órgão jurisdicional, vez que não se trata de questões de matéria constitucional.

2.2 ATIVISMO JUDICIAL: CONCEITO

A maior parte dos doutrinadores, ao descrever o ativismo judicial, associa esse instituto à prática da interpretação e aplicação da Constituição além dos limites de competência típica determinada aos órgãos do Poder Judiciário.

Nessa perspectiva, é o entendimento de Elival da Silva Ramos:

Por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há como visto uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes. (RAMOS, 2010, p. 129)

Luís Roberto Barroso, por sua parte, leciona de maneira adversa (2020, p. 451):

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Em muitas situações, nem sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios. (BARROSO, 2020, p. 451)

Levando em conta as distintas considerações dos autores, é possível identificar-se duas faces opostas do Ativismo Judicial.

A primeira, negativa, dá espaço para que juízes, muitas vezes, façam preceder entendimentos subjetivos, em detrimento aos dispositivos legais, tomando a competência legislativa ordinária, violando a separação de Poderes e conseqüentemente ferindo o Estado Democrático de Direito.

A segunda, positiva, possibilita que o Poder Judiciário retifique erros e omissões do Poder Legislativo, atuando de forma ativa, a fim de garantir, dentre outros princípios, o da dignidade da pessoa humana, principal alicerce da Constituição da República.

A interferência impertinente do Poder Judiciário na esfera de atuação dos demais Poderes compromete o princípio da segurança jurídica, afastando do cidadão uma de suas mais importantes garantias.

Com o aumento da insegurança jurídica, perde-se a necessária estabilidade nas relações entre o Estado e o cidadão, bem como a imparcialidade técnica do julgador, fundamental para a solução dos conflitos. Resta afetado, ainda, nesse contexto, o bom desenvolvimento das instituições, dando-se superpoderes ao Judiciário.

De outro modo, a atuação do Poder Judiciário, em especial do STF, na decisão de matérias que foram objeto de omissão ou abuso dos outros Poderes integra valioso instrumento de proteção da Constituição e do princípio da dignidade da pessoa humana.

Sem esse ativismo, temáticas como da união homoafetiva ainda estariam aos limites da lei. Assim sendo, tal atuação proativa do Poder Judiciário, pressuposta inclusive no texto constitucional, desde que na medida certa, possui legitimidade e constitui significativo instrumento em favor do bom funcionamento do Estado Democrático de Direito.

2.2.1 AUTOCONTENÇÃO JUDICIAL

Se, por um lado, o ativismo atribui ao Poder Judiciário um papel relevante nas relações sociais, tem-se em contrapartida a autocontenção judicial, que pode ser conceituada, segundo Luís Roberto Barroso (2012, p. 07) como “o oposto de ativismo judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações de outros Poderes”. Por isso, de acordo com o autor, os juízes e tribunais:

- (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário;
- (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos;
- (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas. (BARROSO, 2012, p. 7)

Em defesa da autocontenção judicial, Sérgio Fernando Moro (2004, p. 204) ensina que “o juiz constitucional deve se conformar com seu papel secundário, embora relevante, em uma democracia”.

De acordo com o entendimento desse autor, dado que aos representantes eleitos pelo povo compete a primazia na formulação das políticas públicas, principalmente por meio de atos legislativos, a interferência do Judiciário apenas se justifica se ficar evidenciado que "a interpretação judicial da Constituição é mais acertada do que a interpretação subjacente ao ato legislativo controlado".

Da mesma forma que o Ativismo Judicial, a autocontenção não está isenta de críticas, por exemplo quando se trata do Judiciário se recusar a analisar uma questão que lhe é sujeitada sob o argumento de que se trata de questão política. Para Eduardo Appio (APPIO, 2008a, p. 81) "se uma questão é colocada no texto constitucional, esta opção decorre da necessidade de preservar sua integridade em face da vontade das maiorias".

O obstáculo da adoção da postura de autocontenção consiste no fato de que ao STF cabe, essencialmente, a guarda da Constituição, dessa função não podendo se desobrigar. De outro modo, as decisões mais incisivas podem atingir o campo de atuação do Poder Legislativo e Executivo.

Sendo assim, o que se faz preciso é encontrar um ponto de equilíbrio entre o Ativismo Judicial e a autocontenção, o que não se presume ser uma iniciativa fácil, já que não se tem uma descrição legal do que configura uma coisa ou outra, mas apenas concepções doutrinárias.

O entendimento de Sergio Fernando Moro (2004, p. 227) é de que a aplicação da técnica do limite da reserva de consistência é o melhor método de aferir se a adoção da postura de autocontenção é apropriada em determinada situação ou não. De acordo com essa técnica, "a intervenção da jurisdição constitucional depende da reunião de argumentos e elementos suficientes para demonstrar o acerto do resultado que se pretende alcançar" (MORO, 2004, p. 221).

Caso não seja possível superar o limite da reserva de consistência, o juiz constitucional deve, então, assumir a postura da autocontenção, dando lugar à solução adotada pelos outros Poderes constituídos, mantendo o ato controlado ou a omissão legislativa

CAPITULO III

VINCULAÇÃO DOS INSTITUTOS

A fim de garantir o cumprimento do princípio da supremacia da Constituição, a respectiva Lei Maior cria mecanismos de proteção, dentre eles o Controle Judicial de Constitucionalidade dos atos normativos, exercido por meio da jurisdição constitucional, que diz respeito à atividade de interpretação e aplicação da Constituição.

Como já abordamos no primeiro capítulo do presente trabalho, os dois principais modelos de controle são o difuso, que é exercido por todos os juízes e tribunais, e o concentrado, exercido por um único órgão. O órgão designado para realizar o controle concentrado é o Tribunal Constitucional, que, no contexto jurídico brasileiro, trata-se do STF, cuja atribuição essencial é a defesa da Constituição.

Nas recentes jurisprudências do Supremo Tribunal Federal, é possível averiguar que em algumas decisões, aquele Tribunal Constitucional, na realização do controle de constitucionalidade, acaba por interferir no âmbito de atuação do Poder Legislativo, dando às suas decisões caráter normativo, criando direitos, excedendo sua competência típica, dando a esse acontecimento a denominação Ativismo Judicial.

O exercício do ativismo é visto com certo receio pela sociedade, como uma provável ameaça à democracia, principalmente quando relacionado ao princípio da separação dos Poderes, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Em contrapartida, busca-se legitimar o ativismo judicial como indispensável para a tutela do direito das minorias e direitos fundamentais.

3.1 FATORES PARA O PROTAGONISMO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

No Brasil, cada vez mais, intensifica-se a judicialização da política e das relações sociais. Assuntos importantes do ponto de vista político, moral ou social estão sendo decididas em última instância pelo Poder Judiciário.

Nesse sentido, implica-se o deslocamento de poder, em particular para o STF, que se atribui a expressivo protagonismo no contexto social e político do país. A par dessa proatividade do Judiciário, pode-se mencionar várias causas de naturezas diversas a esse fenômeno.

A primeira, é a proteção dada pela CRFB de 1888 aos juízes para que possam cumprir sua independência e exercer a função jurisdicional com integridade e imparcialidade.

Segundo José Afonso da Silva (2011, p. 588-592), essas garantias se classificam em duas categorias: garantias de independência dos órgãos judiciários e garantias de imparcialidade dos órgãos judiciários. As garantias de independência são a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de subsídios. As garantias de imparcialidade, por sua vez, aparecem na Constituição sob a forma de vedações aos juízes, como as de exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério, e a de dedicar-se à atividade político-partidária.

A segunda causa que leva à proatividade do Poder Judiciário, é a ausência de representatividade e funcionalidade do parlamento brasileiro. É preciso citar, em primeira observação, o demérito dos partidos políticos e políticos no geral, caracterizados pela opinião pública como corruptos e contrários aos interesses da população como um todo.

A ausência de representatividade entre os políticos e a população pode ser percebida na atual composição do Congresso Nacional, a qual se destaca com maiores números de políticos compondo bancadas mais influentes, como a bancada evangélica, agropecuária e armamentista, e em contrapartida poucos parlamentares associados, por exemplo, à bancada LGBTQIA+.

Por isso, se torna fácil concluir que as Casas Legislativas que deveriam representar interesses do povo em geral, na verdade, legislam a favor das causas dos âmbitos mais volumosos do país. Essa conclusão se torna ainda mais clara quando nos encontramos diante de exemplos de mora ou mesmo omissão do parlamento brasileiro nas relações de relevante temática social.

Nesse contexto, é cabível referir ao emblemático caso da união homoafetiva, cuja posituação no Código Civil não se deu até hoje. Em contraparte a esse fato, o Supremo Tribunal Federal, nas decisões da ADI 4.277 e da ADPF 132, no ano de 2011, julgou a favor da equiparação das relações entre pessoas do mesmo sexo às uniões estáveis entre homens e mulheres.

A união homoafetiva, portanto, foi reconhecida como um núcleo familiar como qualquer outro.

Por fim, a tutela do direito das minorias, estas vistas como grupos sociais vulneráveis e excluídos da sociedade, tem tornado uma das circunstâncias em que o ativismo judicial também é ocasionado.

A noção de democracia é habitualmente vinculada à concepção de que o interesse da maioria deve primar, como maneira de promover a justiça.

Todavia, mesmo que não se negue a relevância do princípio majoritário, tal raciocínio não se demonstra totalmente certo, posto que, a vontade da maioria, nem sempre, retrata a decisão mais justa.

Nesse sentido, a democracia tem de ser conhecida também, como modo de garantia ao respeito dos direitos fundamentais dos grupos minoritários. André Ramos Tavares (1888, p. 84), lecionando sobre o assunto, doutrina que:

A democracia só existe quando, para além dos direitos e liberdades fundamentais e do princípio da subordinação de todos à lei (governo de leis e não de homens), assegura-se que a maioria não sufocará os correlatos direitos da minoria, alcançados após uma longa evolução histórica. (TAVARES, 1888, p. 84)

É de se relevar que, em alguns casos, em prol da democracia, embasada na regra da maioria, é ainda provável que se alcance uma espécie de sujeição

quanto aos grupos minoritários, o que não se coaduna com o Estado Democrático de Direito.

José Adércio Leite Sampaio, ao abordar os benefícios da justiça constitucional para as minorias, declara:

Em diversas situações, ficam evidentes os benefícios que gozam as minorias pela intervenção do juiz constitucional. Do ponto de vista formal, elas tendem a ser tratadas como iguais e possuem iguais oportunidades de debater e defender suas teses e interesses, com maior probabilidade de êxito, em face dos grupos majoritários e do processo legislativo. (SAMPAIO, 2002, p. 76)

Pelos motivos apresentados, não resta dúvidas de que o Tribunal Constitucional é o órgão mais conveniente para proteger a minoria de uma possível “ditadura da maioria”, visto que, seus integrantes estão longes das disputas partidárias e possuem garantias que os tornam capazes de tomar decisões imparciais.

Ante à tendência de os grupos majoritários estarem agindo no âmbito do Poder Legislativo, fazendo prevalecer seus interesses, oprimindo os grupos minoritários, é mesmo razoável que o Poder Judiciário, desde que provocado, tenha posicionamento proativo, com o propósito de fazer valer as regras constitucionais também aos grupos que não tenham acesso à representação política. Contudo, deve fazê-lo com a necessária cautela, nos limites do que for exigido para a solução do caso, para não intervir no campo de atuação dos outros Poderes.

3.2 RECENTES JURISPRUDÊNCIAS QUE RETRATAM O ATIVISMO JUDICIAL

A seguir, serão mostradas, a título exemplificativo, alguns casos nos quais é possível constatar o aparecimento do fenômeno do Ativismo Judicial na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Em maio de 2011, o STF, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI no 4277) e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF no 132), considerou a união estável para casais do mesmo sexo, atribuindo à decisão eficácia erga omnes e efeito vinculante.

Estas ações foram ajuizadas naquela Corte pela Procuradoria-Geral da República e pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro.

Para chegar a uma conclusão, a Suprema Corte procedeu-se à interpretação do § 3º, do artigo 226, da Constituição da República Federativa do Brasil, que estabelece: “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento” (BRASIL, 1988).

Coube também ao STF analisar, à luz da CRFB, o artigo 1723, do Código Civil, que assegura: “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família” (BRASIL, 2002).

No julgamento das ações, compreendeu o Supremo Tribunal que o texto constitucional em converso, ao se referir a homem e mulher, teve como intento retomar diferenças históricas entre os sexos e não limitar a união estável a essa única hipótese. O caráter da norma seria, portanto, de inclusão e não de exclusão. Houve, por isto, uma interpretação não-reducionista a concepção de família a que alude a CRFB (VIEIRA, 2012, p. 72).

Além disso, a Suprema Corte decidiu dar ao artigo 1.723 do Código Civil, interpretação de acordo com a Constituição, com a finalidade de excluir deste dispositivo qualquer significado que obstasse o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo como família.

Mesmo que expressivos os fundamentos da decisão do STF, constata-se que aquele Tribunal adotou uma postura ativista, extrapolando os limites da interpretação constitucional, vez que o texto da Constituição é suficiente quando se refere apenas a união estável entre homem e mulher como entidade familiar.

À vista disso é o entendimento de Andréa Maria dos Santos Santana Vieira (2012, p. 75) segundo o qual o Supremo utilizou-se: “de atuação hermenêutica sem precedente, de modo a buscar uma exegese que pudesse defender o posicionamento da Corte”. Segundo essa autora, não haveria que se falar em interpretação conforme a Constituição, já que a norma indiretamente

questionada (artigo 1.723, do Código Civil) também é constitucional, uma vez que não há incompatibilidade entre os textos, que têm praticamente a mesma redação.

Em sentido contrário, Eduardo Appio (2008a, p. 375), tratando do reconhecimento das uniões homoafetivas, em obra publicada anteriormente ao julgamento das ações pelo Supremo, manifestou entendimento de que, no caso, deveria ser desconsiderada a autocontenção, para se buscar no ativismo judicial a solução para a efetiva proteção das minorias. Para ele, o Supremo e não o Congresso deveria decidir o caso.

O autor entende que o fato de o Judiciário tratar do tema é uma forma de impulsionar o debate acerca da reforma da Constituição. Entretanto, a admissão de tal posicionamento significaria desnaturar o papel da jurisdição constitucional, na medida em que atribui à Suprema Corte função política que não lhe compete.

Em 09 de agosto de 2016, no julgamento do Habeas Corpus no 124.306, impetrado em face de acórdão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que não conheceu do HC 290.341/RJ, o Supremo Tribunal Federal enfrentou a questão em que os pacientes foram presos em flagrante, devido à suposta prática dos crimes descritos nos artigos 126 e 288 do Código Penal.

Os argumentos defendidos pelo Ministro Relator, Luís Roberto Barroso, no tocante aos fundamentos jurídicos e juízo de proporcionalidade, é de que o aborto sob a perspectiva constitucional no Brasil, exige regulamentação jurídica que seja, ao mesmo tempo, conforme aos direitos do nascituro e a proteção do direito à vida e dignidade da pessoa humana, bem como em harmonia com o direito à liberdade e autonomia individual das mulheres, as quais devem ter seus direitos à autonomia reprodutiva e sexual.

A ordem constitucional, incluindo a jurisdição constitucional que tem por função precípua a definição da interpretação constitucional, como deliberado e decidido no caso da ADPF 54, entendeu pelo caráter não absoluto do direito à vida, afirmação esta que é referente à própria Constituição Federal, cujo artigo 5º, inciso XLVII, admite a pena de morte em caso de guerra declarada na forma do artigo 84, inciso XIX.

Esse entendimento corrobora ao fato de o Código Penal prever, como causa excludente de ilicitude ou antijuridicidade, o denominado aborto ético ou humanitário, que se caracteriza quando o feto, mesmo sadio, seja resultado de estupro. Ao ponderar os direitos do nascituro e os direitos da mulher violentada, o legislador houve por bem priorizar estes em detrimento daquele.

A questão foi, portanto, se a escolha legislativa, com fundamento na proporcionalidade entre os direitos fundamentais, deve limitar-se à hipótese de interrupção da gravidez por motivos de saúde física ou psíquica. Ou seja, se a escolha política majoritária em face da forma institucional normativa de nossa CRFB é legítima ou, se ao contrário, há necessidade de se conferir interpretação conforme aos artigos 124 a 126 do Código Penal.

Por estas razões, a proporcionalidade da escolha política é controversa em face da tutela dos direitos fundamentais da mulher, cabendo interpretação conforme a Constituição para excluir do âmbito de incidência dos artigos 124 a 126 a hipótese de interrupção voluntária da gravidez, por decisão da mulher, no primeiro trimestre.

CONCLUSÃO

Esta monografia teve por objetivo principal o estudo da relação entre o Controle de Constitucionalidade e o Ativismo Judicial no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a fim de verificar os fatores e razões para o protagonismo deste órgão.

Foi verificado que, precipuamente, a guarda da constituição compete à Suprema Corte, sendo o controle constitucional um dos principais e mais importantes meios pelos quais a Corte exerce essa relevante atribuição.

Em razão disso, deu-se especial dedicação à temática do controle de constitucionalidade dos atos normativos, visto que é através desse método de fiscalização constitucional que, ocasionalmente, surge o fenômeno do ativismo judicial.

Consideradas as origens e as características dos principais modelos existentes (concentrado e difuso), ficou evidenciado que a fiscalização constitucional por parte do Poder Judiciário encontra justificação no princípio da supremacia constitucional, conforme o qual a Constituição é a lei suprema do Estado.

A Constituição pode receber violação por ação ou por omissão dos Poderes Públicos, motivo pelo qual ela estabelece os mecanismos pelos quais o Poder Judiciário atua em proteção dos princípios nela determinados.

Entretanto, depois de analisar as dificuldades na execução do controle judicial, especialmente nos casos de omissões, o Poder Judiciário ao supri-las, pode atuar como legislador positivo, o que acarreta violação ao princípio da separação dos poderes. De outra forma, não sendo inteiradas as omissões, os princípios básicos perdem a finalidade desejada pela Constituição.

Observada essa dificuldade e analisada a jurisdição constitucional, ficou evidenciado que embora o Tribunal Constitucional mostre vários aspectos políticos, tais como a maneira de designação de seus integrantes ou os efeitos de suas decisões, ele não perde a natureza jurisdicional, o que o torna apto a interpretar e aplicar a Constituição.

Todavia, a atividade jurisdicional realizada de forma atípica, excedendo as limitações da aplicação do direito e entrando no âmbito da atividade legislativa, descreve o ativismo judicial, e essa prática, destituída de parâmetro, propicia riscos ao Estado Democrático de Direito, visto que atinge um de seus essenciais princípios, o da separação dos poderes.

Dentre os fatores apresentados como geradores do ativismo judicial, concluiu-se que o principal deles é a ineficiência do Poder Legislativo, que se ausenta do papel de legislador, deixando de corresponder os interesses da coletividade.

Através da análise da recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, foi possível observar a ocorrência do ativismo judicial em algumas decisões da Suprema Corte, concluindo-se, contudo, que o comportamento ativista do Tribunal nem sempre tem caráter negativo, podendo ser necessária e conveniente em algumas circunstâncias.

Deste modo, conclui-se que o ativismo judicial pode ser admitido, mas, em caráter excepcional, para a efetivação dos direitos fundamentais, e não como regra a ser adotada indistinta perante qualquer omissão legislativa.

Não se buscou com esta pesquisa o esgotamento do tema abordado. A existência do ativismo judicial no sistema constitucional é um acontecimento que tem sido constatado nas recentes jurisprudências do Supremo Tribunal Federal e vem se intensificando. Conseqüentemente, o assunto requisitará novas considerações, principalmente no que concerne aos prováveis efeitos que resultarão dessa postura ativista para o Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

- APPIO, Eduardo. **Direito das minorias**. 1. ed. [Livro]. - São Paulo : Revista dos Tribunais, 2008.
- ARAUJO, Luiz Alberto David. **A reforma do Poder Judiciário (EC n. 45) e o controle concentrado de constitucionalidade. Reforma do Judiciário analisada e comentada**. [Livro]. - São Paulo : Método, 2005.
- BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo** [Livro]. - São Paulo : Saraiva, 2020.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação constitucional como interpretação específica**. [Livro]. - São Paulo : Saraiva/Almedina, 2013.
- BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição** [Livro]. - [s.l.] : Saraiva, 1999.
- BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. [Livro]. - São Paulo : Saraiva, 2011.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional** [Livro]. - São Paulo : Malheiros, 2011.
- BRASIL [Online]// **CF/88**. - 2021. -
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.
- BRASIL [Online]// **Lei Nº 9.868**. - 2021. -
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm.
- CLEVE, Clemerson Merlin. **Fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. [Livro]. - São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos** [Livro]. - São Paulo : Saraiva, 1990.

GOMES, Rodrigo Carneiro. **O Tribunal Constitucional e seus elementos, diante da separação dos poderes** [Livro]. - São Paulo : Revista de Direito Constitucional e Internacional, 2018.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. [Livro]. - São Paulo : Saraiva, 2009.

MASSON, Natália. **Manual de Direito Constitucional** [Livro]. - Salvador : JusPODIVM, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional** [Livro]. - São Paulo : Saraiva, 2019.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional** [Livro]. - São Paulo : Atlas, 2006.

MORO, Sergio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia** [Livro]. - São Paulo : Revista dos Tribunais, 2004.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos** [Livro]. - São Paulo : Saraiva, 2010.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional** [Livro]. - Belo Horizonte : Del Rey, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo** [Livro]. - São Paulo : Malheiros, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. [Livro]. - Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2002.

TAVARES, André Ramos. **Tribunal e jurisdição constitucional** [Livro]. - São Paulo : Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998.

VIEIRA, Andréa Maria dos Santos Santana. **Reconhecimento da união estável homoafetiva como entidade familiar pelo STF: decisão acertada ou atentado à democracia deliberativa?** [Livro]. - São Paulo : Revista de Direito Constitucional e Internacional, 2012.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política** [Livro]. - São Paulo : Malheiros, 2002.

VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva Cândido. **O ativismo judicial como instrumento de concreção dos direitos fundamentais no Estado democrático de direito: uma leitura à luz do pensamento Ronald Dworkin** [Livro]. - Minas Gerais : Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2011.