

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

**A ARBITRARIEDADE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CONTROLE DE
CONSTITUCIONALIDADE:**

O ATIVISMO JUDICIAL, A TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES
DA DECISÃO E A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE CONCRETO DE
CONSTITUCIONALIDADE – UMA NOVA SEPARAÇÃO DOS PODERES?

ORIENTANDA: RAQUEL CAETANO MOREIRA
ORIENTADORA: PROFA. DRA. MARIA CRISTINA VIDOTTE BLANCO TARREGA

GOIÂNIA-GO
2020

RAQUEL CAETANO MOREIRA

**A ARBITRARIEDADE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CONTROLE DE
CONSTITUCIONALIDADE:**

O ATIVISMO JUDICIAL, A TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES
DA DECISÃO E A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE CONCRETO DE
CONSTITUCIONALIDADE – UMA NOVA SEPARAÇÃO DOS PODERES?

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

Profª. Orientadora – Dra. Maria Cristina Vidotte
Blanco Tarrega

GOIÂNIA-GO

2020

RAQUEL CAETANO MOREIRA

**A ARBITRARIEDADE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO CONTROLE DE
CONSTITUCIONALIDADE:**

O ATIVISMO JUDICIAL, A TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES
DA DECISÃO E A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE CONCRETO DE
CONSTITUCIONALIDADE – UMA NOVA SEPARAÇÃO DOS PODERES?

Data da Defesa: 25 de novembro de 2020

BANCA EXAMINADORA

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Maria Cristina Vidotte Blanco Tarrega

Nota:

Coorientador: Prof. Me. José Cristiano Leão Tolini

Nota:

Examinadora Convidada: Prof.^a Dr.^a Fátima de Paula

Nota:

GOIÂNIA-GO

2020

Agradeço primeiramente a Deus por me iluminar a jornada e permitir-me viver plenamente e com a consciência de seu cuidado diário.

Aos meus pais, Paulo Roberto Moreira e Virgínia Caetano de Sousa Moreira, por, além de me concederem a vida, apresentarem-me ao mundo do Direito e depositarem em mim todo seu amor, confiança e apoio para trilhar meu próprio caminho.

Agradeço também a todos os professores que já tanto me ensinaram ao longo deste ciclo, em especial à Prof^a. Maria Cristina Vidotte, por tornar este processo mais leve por intermédio de seu auxílio, dedicação e paciência.

Aos meus amigos, sem os quais não teria chegado tão longe, em especial àqueles que me ajudaram na conclusão deste trabalho, Fernanda Marques e Wellington Urzêda. Obrigada pelo apoio e pela confiança que me dispuseram, mesmo que esta, por vezes, tenha faltado a mim.

Por derradeiro, a todos os meus colegas, amigos, familiares e docentes, que, de alguma forma, me influenciaram. Mesmo sem menção direta, dispenso a vocês minha eterna gratidão!

Dedico este trabalho a Deus, aos meus pais e a todos aqueles que por ele
possam ser ajudados de alguma forma.

RESUMO

O presente trabalho visou o estudo de diversos fenômenos, oriundos do Neoconstitucionalismo, que refletem a arbitrariedade do Supremo Tribunal Federal, principalmente em sede de controle de constitucionalidade, e suas influências no Princípio da Separação dos Poderes. Buscou-se, portanto, estudar as produções atípicas desse tribunal, com foco especial na teoria da transcendência dos motivos determinantes da decisão e na tendência da abstrativização do controle concreto de constitucionalidade, a fim de determinar-se como tais institutos corroboram para uma possível atuação ativista no Brasil, bem como seus impactos no sistema de controle mútuo entre os poderes. Assim, realizou-se uma análise crítica por meio da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, principalmente do Supremo Tribunal Federal, por meio da qual se pôde concluir que o ativismo judicial está presente na realidade brasileira, sendo uma consequência direta do Neoconstitucionalismo, da expansão da jurisdição constitucional e do sistema de Controle de Constitucionalidade adotado no país, o que ressignificou o princípio da Separação dos Poderes como proposto inicialmente por Montesquieu. Diante disso, concluiu-se que os fenômenos observados atualmente, em especial o ativismo judicial, desde que realizados de maneira moderada e em caráter excepcional, não podem ser vistos de maneira negativa como um todo, pois apesar de perigosos (caso praticados em excesso), são necessários para a manutenção do Estado Democrático de Direito e para a efetivação dos direitos fundamentais frente às lacunas legislativas.

Palavras-chave: Controle de Constitucionalidade. Separação dos Poderes. Neoconstitucionalismo. Ativismo Judicial. Abstrativização do Controle Concreto. Transcendência dos Motivos Determinantes da Decisão.

ABSTRACT

The present work aimed at the study of several phenomena, derived from neoconstitutionalism, which reflect the arbitrariness of the Supreme Court, especially in the constitutionality control, and its influence on the Principle of Separation of Powers. Therefore, we sought to study the atypical productions of this court, with a special focus on the theory of transcendence of the determining motives of the decision and on the tendency of abstraction of concrete control of constitutionality, in order to determine how such institutes corroborate for a possible activist posture in Brazil, as well as its impact on the system of mutual control between the powers. Thus, a critical analysis was carried out through bibliographic and jurisprudential research, mainly of the Supreme Federal Court, through which it was possible to conclude that judicial activism is present in the Brazilian reality, being a direct consequence of the neoconstitutionalism, the expansion of the constitutional jurisdiction and the constitutionality control system adopted in the country, which reshapes the Principle of Separation of Powers as it was initially proposed by Montesquieu. Therefore, it was concluded that the phenomena currently observed, especially the judicial activism, if carried out in a moderate and exceptional way, cannot be seen negatively as a whole, because although being dangerous (if practiced in excess), they are necessary for the maintenance of the Democratic State of Law and for the effectiveness of the fundamental rights in face of the legislative gaps.

Keywords: Constitutionality Control. Separation of Powers. Neoconstitutionalism. Judicial Activism. Abstractivization of Concrete Control. Transcendence of the Determining Reasons of the Decision.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL	13
1.1 FUNDAMENTOS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	13
1.2 BREVE HISTÓRICO E PRINCIPAIS SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO COMPARADO	15
1.2.1 Controle Político e Controle Jurisdicional	16
1.2.2 Sistema Americano	16
1.2.3 Sistema Austríaco	18
1.2.4 Sistema Francês	20
1.3 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL.....	21
1.3.1 Histórico do Controle de Constitucionalidade Brasileiro	21
1.3.2 O Sistema Brasileiro Atual de Controle de Constitucionalidade.....	28
2 A SEPARAÇÃO DOS PODERES EM XEQUE: O NEOCONSTITUCIONALISMO, A TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES DA DECISÃO E A TENDÊNCIA DE ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE	30
2.1 A SEPARAÇÃO DOS PODERES	30
2.1.1 Breve Histórico e Concepção Atual	30
2.2 O NEOCONSTITUCIONALISMO	32
2.2.1 Introdução, origem do movimento e denominação	32
2.2.2 Principais características do Neoconstitucionalismo	34
2.3 A TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES DA DECISÃO.....	37

2.3.1 Efeitos das decisões no âmbito do controle concentrado-abstrato de constitucionalidade	37
2.3.2 A teoria da transcendência dos motivos determinantes.....	39
2.3 A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDADE.....	42
2.3.1 Controle Concreto e Concentrado vs. Controle no caso Concreto e Controle Abstrato de Constitucionalidade.....	42
2.3.2 A abstração ou objetificação do controle difuso-concreto.....	44
3 O ATIVISMO JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA E PROBLEMÁTICA ATUAL	48
3.1 O QUE É O ATIVISMO JUDICIAL?.....	48
3.1.1 A jurisdição Constitucional e a Judicialização da Política decorrentes do Neoconstitucionalismo	48
3.1.2 Ativismo Judicial: histórico e principais características	50
3.2 OS DOIS LADOS DO ATIVISMO JUDICIAL: PROBLEMÁTICA ATUAL E ANÁLISE DE CASOS	56
3.2.1 Posições Favoráveis	56
3.2.2 Posições contrárias.....	59
3.2.3 A União Estável Homoafetiva	62
3.2.4 A Lei dos Crimes Hediondos	66
3.2.5 A controvérsia relativa à execução da pena antes do trânsito em julgado.....	69
3.2.6 O Foro por Prerrogativa de Função.....	70
3.3 A NOVA SEPARAÇÃO DOS PODERES.....	74
CONCLUSÃO	78
REFERÊNCIAS BIBLIGRÁFICAS.....	81

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objeto o estudo de diversos fenômenos, oriundos do Neoconstitucionalismo, que refletem a arbitrariedade do Supremo Tribunal Federal, principalmente em sede de controle de constitucionalidade.

O Controle de Constitucionalidade é um dos principais mecanismos garantidores da supremacia da Constituição Federal e de sua força vinculante para com os Poderes Públicos. Dentre as inúmeras justificativas para o exercício desse poderoso instrumento, destacam-se os princípios da Supremacia da Constituição e da Compatibilização Vertical das Normas, sendo o controle uma forma de garantir a correta aplicação das disposições contidas na Carta Magna.

Desde sua implementação no sistema jurídico brasileiro, tomando como base os sistemas americano, austríaco e - mesmo que de forma mais discreta - francês, tem sido extremamente importante para conferir unicidade ao conjunto normativo pátrio.

No Brasil, sua implementação e desenvolvimento acompanham a própria evolução histórica das constituições, culminando no sistema de controle que conhecemos atualmente, que se mostra como uma combinação das modalidades concentrada e abstrata, em uma verdadeira mescla dos sistemas europeu e americano.

Porém, a partir do Neoconstitucionalismo, com a ampliação do Poder Judiciário e o crescimento da jurisdição constitucional, sob a justificativa de garantir-se a supremacia da Lei Maior e, conseqüentemente, os direitos fundamentais, começou-se a observar alguns institutos, oriundos das produções dos tribunais superiores, que trazem à tona a discussão relativa ao Princípio da Separação dos Poderes.

A ação atípica do Poder Judiciário se dá por diversos fenômenos, como a transcendência dos motivos determinantes da decisão e a abstrativização do controle concreto/difuso de constitucionalidade. Contudo, a posição cada vez mais proeminente deste poder nos Estados Democráticos de Direito se mostra, principalmente, em face das lacunas legislativas existentes na legislação infraconstitucional, o que culmina na judicialização da política e no mundialmente

controverso ativismo judicial.

Diante de inúmeras discussões acerca das consequências das produções atípicas dos tribunais e das posturas ativistas, a principal seria, como já foi dito, a alteração do equilíbrio do sistema de freios e contrapesos, sendo que alguns autores inclusive chegam a falar em uma “Nova Separação dos Poderes”.

Há que se diferenciar, porém, a produção normativa jurisprudencial necessária para solucionar lacunas do ordenamento, com o fim de prestar efetivamente a função jurisdicional, do ativismo judicial de fato, que se mostra como uma verdadeira arbitrariedade, evidenciada através da hermenêutica.

Autores de obras acadêmicas divergem quanto ao tema. Críticos do ativismo judicial, como Lênio Streck e Georges Abboud, entendem que o instituto é uma grave afronta à independência dos Poderes e uma imposição das vontades pessoais do Judiciário. Para esses críticos, tais efeitos do Neoconstitucionalismo são tidos como uma aberração, e toda e qualquer produção ativista deve ser enfrentada.

Por sua vez, os constitucionalistas defendem que o Judiciário atue para dirimir as falhas legais, atuando de forma proativa a fim de aplicar as disposições do texto constitucional, pois o Poder Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, não pode ser omissivo perante a violação de direitos e garantias fundamentais. Tal poder decorre da própria Constituição, e se justifica pela possibilidade de o Judiciário revogar leis e invalidar atos eivados de inconstitucionalidade, através dos controles difuso e concentrado de constitucionalidade.

Dessa forma, o objetivo geral do trabalho é dissertar sobre a postura arbitrária do Poder Judiciário, em especial do STF, e sua possível transgressão à Separação dos Poderes. Os objetivos específicos serão: Analisar o controle de constitucionalidade, suas principais características no direito comparado e o histórico de sua implementação no Brasil; Entender o fenômeno do Neoconstitucionalismo, seus efeitos no Brasil e sua influência nas novas tendências observadas atualmente, em especial na abstrativização do controle concreto de constitucionalidade, na teoria da transcendência dos motivos determinantes da decisão e no ativismo judicial; Analisar a postura judiciária brasileira, de modo a identificar as práticas ativistas, principalmente em sede de controle de constitucionalidade, e determinar se tais práticas ferem o equilíbrio entre os poderes.

Em relação à abordagem e às técnicas empregadas, o presente trabalho trata-se de uma análise crítica através da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial,

baseando-se a coleta de dados na consulta de documentos legais, legislação, matérias jornalísticas, artigos publicados em sites jurídicos, julgados do Supremo Tribunal Federal e, principalmente, nos livros de autores especialistas nos temas que cercam o ativismo judicial, como Lênio Streck e Luís Roberto Barroso, cada qual com seus argumentos a favor ou contra esse instituto.

Sendo assim, o trabalho dará enfoque especial ao controle concentrado, realizado pelo Supremo Tribunal Federal, e como a tendência da abstrativização do controle concreto e a teoria da transcendência dos motivos determinantes da decisão corroboram para uma possível atuação ativista do Judiciário no Brasil, bem como seu impacto no sistema de controle mútuo entre os poderes, proposto por Montesquieu em seu livro “O Espírito das Leis”.

1 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

O controle de constitucionalidade é um importante instrumento de concretização de direitos previsto na Constituição, e se pauta na necessidade de se assegurar a supremacia constitucional.

Como forma de asseverar a correta aplicação das normas constitucionais, o controle surgiu para transformar a Constituição em verdadeira garantidora dos direitos e garantias fundamentais, sendo o Supremo Tribunal Federal - órgão de cúpula do Poder Judiciário - o responsável pela sua guarda.

1.1 FUNDAMENTOS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle de constitucionalidade possui seus fundamentos ligados ao Princípio da Supremacia da Constituição, que em poucas palavras traduz-se como a elevação da Lei Fundamental ao ápice do ordenamento jurídico, devendo todas as demais normas submeterem-se à sua disposição.

Portanto, visto que a norma magna é superior às demais, o controle de constitucionalidade encontra-se intimamente ligado à rigidez constitucional, que é uma das fontes do citado princípio da supremacia da Constituição.

Assim, como explica José Carlos Robaldo:

A chamada hierarquia formal entre as normas constitucionais e infraconstitucionais só acontece em relação às Constituições escritas rígidas: para uma norma ter validade, há que ser produzida em concordância com os ditames ou prescrições da Constituição [...] Nos países onde prevalecem as Constituições rígidas, a lei ordinária incompatível com a Lei Maior não se aplica por ser inválida. [...] A compatibilização constitucional das normas no nosso país se dá, em face do princípio da supremacia da Lei Fundamental, quando necessário, pela via do controle de constitucionalidade, pois nossa Constituição é escrita e rígida. (ROBALDO, 2019)

Desse princípio decorre ainda o princípio da compatibilização vertical das normas do ordenamento jurídico, segundo o qual uma norma inferior só terá validade se esta for produzida de acordo com a norma superior, sendo todas as espécies normativas regidas de modo hierárquico, tanto do ponto de vista formal (procedimental), quanto material (conteúdo das normas).

Assim, em face de uma antinomia, a hierarquia das normas em conflito é o primeiro critério a ser analisado de modo a sanar a contenda, sendo a norma

constitucional sempre preponderante em relação às demais, seja por sua forma, seja pelo seu conteúdo.

Tais princípios demonstram que, estando a Constituição no topo da pirâmide normativa, é nela que o Poder Legislativo encontrará respaldo para o exercício de sua própria produção legiferante, que por decorrer única e diretamente dela, jamais poderá modificá-la ou suprimi-la.

Nas palavras de Alexandre de Moraes (2016, p.739):

a existência de escalonamento normativo é pressuposto necessário para a supremacia constitucional, pois, ocupando a constituição a hierarquia do sistema normativo é nela que o legislador encontrará a forma de elaboração legislativa e o seu conteúdo.

Assim, sendo a Carta Magna brasileira uma constituição rígida – aquelas nas quais há uma maior dificuldade para modificar suas normas -, se comparadas com as diversas do ordenamento jurídico, essa superioridade é verificada naturalmente. Uma vez maculada a ordem, por leis ou atos inconstitucionais, deve-se imediatamente restabelecer a unidade.

Como já foi visto, a unidade constitucional possui seus pressupostos em fundamentos de supremacia, tanto materiais quanto formais. Formalmente se considera a Constituição brasileira como sendo rígida, o que resulta diretamente na sua superioridade em relação às demais normas produzidas no ordenamento, pois os critérios para alteração de seu texto são diferentes e mais complexos daqueles adotados para a criação das normas ordinárias.

Materialmente, a supremacia decorre do fato de a Constituição consagrar os fundamentos do Estado de Direito, o que se expressa, de forma clara, nos direitos e garantias fundamentais por ela tutelados.

No tocante aos direitos e garantias fundamentais, esses são divididos, doutrinariamente, em gerações. O próprio Supremo Tribunal Federal adota essa classificação, como pode ser extraído do seguinte precedente:

Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) — que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais — realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) — que se identifica com as liberdades positivas, reais ou concretas — acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos,

caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, nota de uma essencial inexauribilidade. (MS 22.164, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 30-10-95, DJ de 17-11-95).

Além de configurarem limites à sua atuação e ao poder, os direitos fundamentais têm papel importante na legitimação do próprio Estado, pois são determinantes no processo democrático que constitui o Estado de Direito, possuindo extrema relevância nos movimentos constitucionalistas modernos, como será explorado nos capítulos seguintes.

Agindo no sentido de assegurar a supremacia tanto formal quanto material da Constituição, o controle de constitucionalidade é um instrumento indispensável para a efetivação das normas constitucionais, seja ele feito na forma direta ou incidental.

Sobre o controle, conclui João Aurino:

Surgiu, portanto, na defesa da supremacia do texto constitucional, o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos. Essa construção, ressalte-se, não surgiu pronta e acabada em um momento histórico determinado, foi fruto de sucessivas evoluções teóricas, acompanhando circunstâncias históricas e sociais [06]. A própria ideia de supremacia constitucional surgiu gradativamente, respondendo a anseios sociais, correspondendo a necessidade de um centro normativo superior que ordenasse todo o arcabouço normativo. (MELO, 2008)

Assim, através do controle de constitucionalidade, defende-se não apenas a Supremacia da Constituição enquanto texto formal que disciplina a organização do Estado, mas também enquanto garantidora dos direitos fundamentais da sociedade frente às demais normas do ordenamento.

1.2 BREVE HISTÓRICO E PRINCIPAIS SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO COMPARADO

Diversos são os sistemas de controle de constitucionalidade adotados mundo afora, e inúmeras são as contribuições de tais sistemas para a forma de controle exercido atualmente no Brasil. Antes de adentrarmos o tema do presente trabalho, cumpre explicarmos de forma mais aprofundada os principais sistemas de controle no direito comparado, cabendo aqui, inicialmente, diferenciar o controle jurisdicional do controle político de constitucionalidade.

1.2.1 Controle Político e Controle Jurisdicional

O controle político é exercido por órgão dessa natureza, ligado, geralmente, ao Parlamento. Tal modalidade é normalmente associada ao controle francês, pois remonta aos ideais da revolução a necessidade de se criar um órgão político de controle sem afrontar a soberania parlamentar.

O controle judicial, por sua vez, teve sua origem no direito norte-americano, consolidando-se com o famoso caso *Marbury v. Madison*, julgado em 1803. Tendo como maior princípio a supremacia da Constituição, cabe ao Judiciário o papel de interpretá-la e, conseqüentemente, guardá-la. Essa é a base lógica do *judicial review*, que parte do pressuposto de que qualquer lei eventualmente incompatível com a Constituição é nula, pois esta é a lei suprema.

No Brasil, atualmente, vigora o controle judicial, porém adota-se um sistema eclético que combina elementos dos sistemas americano e europeu continental. Cabe, portanto, aos órgãos do Poder Judiciário o controle em si, porém o controle político ainda é exercido em diversas instâncias, tanto pelo poder Executivo – veto do presidente de uma lei inconstitucional – quanto pelo Poder legislativo – rejeição, pela Comissão de Constituição e Justiça, de um projeto de lei por inconstitucionalidade.

Veremos, a seguir, com mais profundidade, os principais sistemas de controle, seus históricos e nuances.

1.2.2 Sistema Americano

O direito constitucional americano, embora decorrente do *common law* inglês, não herdou um dos principais fundamentos do modelo britânico, qual seja: a supremacia do Parlamento. Tal instituto se baseia em alguns fundamentos: (i) Não há supremacia hierárquica entre atos constitucionais e atos do parlamento (ii) Não há dispositivos imutáveis, sendo estes fundamentais ou não (iii) Não existe maior dificuldade na reforma de atos constitucionais do que os atos legislativos comuns (iv) Os atos do parlamento não são passíveis de controle judicial (*judicial review*).

Assim, no direito britânico, a ideia de soberania do parlamento é um princípio constitucional fundamental, que significa, em linhas gerais, que o poder parlamentar não conhece, em tese, limites formais. As decisões fundamentais provenientes desse

órgão não são passíveis de revisão por qualquer outro órgão estatal, e ele não está impedido de revogar quaisquer das cartas de direitos fundamentais, nem atos constitucionais em geral.

Ao contrário de seu predecessor, no direito norte-americano adota-se o Princípio da Supremacia da Constituição, e o controle jurisdicional de constitucionalidade é exercido a fim de garantir a subordinação de todos ao texto constitucional.

Originalmente, tal instituto não estava previsto na Constituição americana, mas em 1803, com o famoso caso *Marbury v. Madison*, litígio que deu causa ao primeiro precedente, surgiu, por razões puramente políticas, o que viria a ser considerado o marco inaugural do controle jurisdicional de constitucionalidade que conhecemos hoje.

Quando o então presidente da Suprema Corte Americana, John Marshall, decidiu que uma lei contrária à Constituição seria inválida perante o ordenamento jurídico, deu-se início na prática jurisprudencial norte-americana ao controle de constitucionalidade.

Como explica Luís Roberto Barroso:

Marbury v. Madison foi a primeira decisão na qual a Suprema Corte afirmou seu poder de exercer o controle de constitucionalidade, negando aplicação a leis que, de acordo com sua interpretação, fossem inconstitucionais. Assinale-se, por relevante, que a Constituição não conferia a ela ou a qualquer outro órgão judicial, de modo explícito, competência dessa natureza. Ao julgar o caso, a Corte procurou demonstrar que a atribuição decorreria logicamente do sistema. A argumentação desenvolvida por Marshall acerca da supremacia da Constituição, da necessidade do judicial review e da competência do Judiciário na matéria é tida como primorosa. Mas não era pioneira nem original. (BARROSO, 2016, p. 26)

Dessa forma, ao sustentar que as leis contrárias à Constituição são nulas, Marshall vinculou todos os tribunais à Constituição, partindo, mais uma vez, do pressuposto de que a Constituição é a base de todo o ordenamento jurídico, não podendo ser alterada por meios ordinários. Através dessa decisão jurisprudencial, por força do *the power of judicial review*, o Poder Judiciário se consolidou como o competente para defender o texto constitucional.

Cabe ressaltar que, devido à figura do *stare decisis*, que é uma das tradições da *common law* americana, casos semelhantes devem ser tratados de maneira análoga, em respeito aos princípios éticos relacionados à estabilidade e à previsibilidade jurídica. Assim, devido à força vinculante dos precedentes – o chamado

binding effect, preservam-se a continuidade e a igualdade de tratamento entre os litigantes, garantindo a segurança jurídica dos julgamentos.

O sistema de controle americano, também conhecido como sistema de controle difuso ou concreto, é, portanto, essencialmente jurisdicional, sendo realizado em todas as instâncias do Poder Judiciário por magistrados e órgãos colegiados nos casos concretos por eles julgados.

Assim, usando-se do princípio de compatibilização vertical das normas, nega-se aplicação àquelas que estejam em conflito com a Carta Magna, garantindo assim a proteção dos direitos e garantias fundamentais por ela assegurados.

As principais características do sistema norte-americano se resumem, basicamente, às seguintes: (i) é difuso, sendo exercido por todos os órgãos do Poder Judiciário, inferiores ou superiores, estaduais ou federais; (ii) é incidental e concreto, sendo a constitucionalidade da lei ou ato apreciado uma questão prejudicial, e não o objeto da ação principal (*incidenter tantum*); (iii) é dotado de efeito *inter partes*, pois as decisões exaradas em sede de caso concreto somente possuem efeito entre os litigantes, não se estendendo a terceiros; (iv) possui efeito *ex tunc*, retroagindo a nulidade da norma à sua publicação;

1.2.3 Sistema Austríaco

Ao contrário do Direito Norte-Americano, o controle de constitucionalidade só se inseriu na Europa com a Constituição da Áustria, em 1920, a partir da concepção do renomado jurista austríaco Hans Kelsen. Segundo Kelsen, havia a necessidade de se criar órgãos específicos para o desempenho da atividade de controle de constitucionalidade: os tribunais constitucionais.

Essa fórmula distinta parte do pressuposto de que se qualquer tribunal puder realizar o controle em um caso concreto e específico, o problema será solucionado para aquele caso, de maneira pontual. Assim, poderia haver julgamentos conflitantes para litígios análogos, causando insegurança jurídica e prejudicando a unidade do sistema.

Assim, os tribunais constitucionais, cuja atuação tem natureza jurisdicional – a despeito de não integrarem a estrutura do judiciário – possuem a função de julgar, através de ações diretas ou incidentais, a constitucionalidade das leis.

Hans Kelsen, sob influência da doutrina francesa, que prega a soberania do parlamento, defendia a ideia de que os tribunais ordinários não possuem autonomia para realizar o controle de seus atos, sendo necessário um órgão especial para desempenhar tal função, que seria outorgada a este pela própria Constituição.

Logo, o Tribunal Constitucional Austríaco (*Verfassungsgerichtshof*) vem, na Constituição de 1920, como o órgão responsável por garantir os interesses da norma suprema através do seu próprio sistema de controle.

Nesse sentido, ensina João Aurino Melo (2008):

Esse Tribunal Constitucional não seria propriamente um Tribunal judiciário, por não se aplicar um dispositivo de norma a fatos concretos, limitando-se a controlar abstratamente a compatibilidade de duas normas: uma superior, a Constituição, parâmetro; outra, inferior, a lei, objeto de controle; resultando a anulação desta, em caso de incompatibilidade. Em face da especialidade de suas atribuições, as questões de inconstitucionalidade deveriam estar afetas exclusivamente a ele, de modo que, se o problema fosse suscitado incidentalmente pelas instâncias ordinárias, o juiz haveria de suspender o processo e submetê-lo à decisão do Tribunal.

Após a 2ª Guerra Mundial, houve notável expansão desse modelo, e tribunais constitucionais foram criados em diversos países da Europa Continental, como Alemanha (1949), Itália (1956), Chipre (1960) e Turquia (1961). Na década de 70, com a tendência de democratização, foram instituídos também tribunais constitucionais na Grécia (1975), Espanha (1978) e Portugal (1982). E também na Bélgica (1984). Na segunda metade do Século XX, foram criadas cortes constitucionais em países do leste europeu (como Polônia, República Tcheca, Hungria) e africanos (Argélia e Moçambique).

Também conhecido como controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade, esse modelo de revisão concentra a função de verificar a regularidade das normas em um só órgão jurisdicional especial, que não pertence a nenhum dos três poderes. O controle é realizado somente de modo abstrato, sendo o tribunal constitucional uma espécie de “legislador negativo”, pois anula leis incompatíveis com a carta suprema.

Assim, as principais características do sistema austríaco se resumem em: (i) o controle é realizado de forma concentrada, pois a competência para realizá-lo concentra-se em um único tribunal, constituído unicamente para esse fim; (ii) é abstrato, pois não se processa no caso concreto, sendo a constitucionalidade ou não do ato a questão principal da lide, constituindo seu objeto; (iii) possui efeito erga

omnes, valendo a decisão “contra todos”, perdendo a eficácia a lei considerada inconstitucional.

1.2.4 Sistema Francês

O Modelo de Controle de Constitucionalidade francês é, dos países ocidentais, o mais peculiar. Por razões históricas e ideológicas, a França adotou um modelo rígido de separação dos poderes, devido à desconfiança em relação ao poder dos juízes e tribunais.

Dessa forma, o controle judicial, como é realizado no sistema austríaco e norte-americano, foi rejeitado pelos franceses. O Jurista Seyès, um dos mais influentes da Revolução Francesa, foi quem propôs que um mecanismo político de controle – distinto do Legislativo, do Executivo e do Judiciário -- seria a maneira ideal de atenuar o sentimento nacional de desconfiança em relação aos tribunais do regime antigo, respeitando a soberania do parlamento.

Afastada, pois, a ideia de controle realizada pelo judiciário, defendeu-se a criação de um órgão especial, que poderia ser uma assembleia, um conselho ou um comitê, e teria a função precípua de analisar a constitucionalidade das leis.

A Constituição francesa em vigor, instituidora da República, em 1958, criou, assim, o Conselho Constitucional, que possui natureza política, diverso do Poder Judiciário, e é composto de nove conselheiros escolhidos pelo Presidente da República e pelo Parlamento, e ainda os ex-Presidentes da República.

O artigo 62 da Constituição da França, de 1958, estipula que “as decisões do Conselho Constitucional não são suscetíveis de recurso” e “impõem-se a todos os poderes públicos e a todas as autoridades administrativas e jurisdicionais”. Percebe-se, pois, a superioridade do órgão e o efeito vinculante das decisões por ele proferidas.

A manifestação do Conselho é feita, em regra, antes da promulgação das leis, na modalidade preventiva de controle. Em 2008, no entanto, a reforma constitucional passou a prever a hipótese de controle de uma legislação já aprovada, desde que ainda não tenha sido promulgada.

O controle francês, mais conhecido como controle político, se classificaria melhor como um sistema de controle não judicial, pois o *Conseil Constitutionnel* se singulariza, diferenciando-se dos demais, pelo fato de não compor o Poder Judiciário.

O controle na corte francesa é obrigatório para leis complementares e facultativo para lei ordinárias, e o Conselho tem o prazo de um mês, em regra, para se pronunciar quanto à constitucionalidade ou não da lei em análise.

Após o início da eficácia da lei, não cabe mais nenhum tipo de discussão acerca de sua constitucionalidade, pois a decisão do Conselho, sempre prévia, vincula os demais órgãos. Cabe, pois, ao Poder Judiciário somente aplicar o ato já promulgado, que é considerado constitucionalmente válido.

Isto posto, na França, ao contrário dos modelos americano e austríaco, o Poder Judiciário não possui competência para o controle de constitucionalidade, seja abstrato ou difuso, possuindo o *Conseil Constitutionnel* competência exclusiva para tal.

1.3 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

No Brasil, a partir da Constituição Federal de 1988, utiliza-se um sistema de controle desenvolvido através de uma combinação dos três modelos acima analisados.

Embora tenha se inspirado, historicamente, no sistema norte-americano de controle, atualmente o Brasil também adota formas concentradas e abstratas de controle, assemelhando-se ao sistema europeu. Há, também, ainda que de forma mais sutil, a possibilidade de controle prévio, o que remonta ao sistema francês.

A evolução para o sistema misto e peculiar que se tem hoje, combinando o critério difuso por via de defesa com o critério concentrado por via de ação direta, deu-se ao longo das constituições brasileiras, como veremos a seguir.

1.3.1 Histórico do Controle de Constitucionalidade Brasileiro

Desde a Constituição Imperial de 1824 até a atual Constituição, datada de 05 de outubro de 1988, a experiência constitucional brasileira no que se refere ao controle de constitucionalidade passou por significantes mudanças.

Para se estudar o atual sistema de controle, bem como os fenômenos que retrataremos neste trabalho, cumpre antes fazer um breve histórico acerca das constituições do Brasil e do controle de constitucionalidade brasileiro.

a) O controle no Brasil Império

A primeira Constituição do Brasil foi outorgada por Dom Pedro I no dia 25 de março de 1824. Possuindo fortes influências europeias, os valores liberais trazidos pela Revolução Francesa se expressaram na carta fundamental com a introdução dos – ainda que limitados – direitos e garantias fundamentais e com a separação dos poderes políticos.

Assim, os poderes reconhecidos pela Constituição do Império do Brasil são: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo e o Poder Judicial. Apesar disso, nascendo na transição do Estado absolutista para o Estado liberal, a Constituição também contava com diversos antagonismos, sendo ao mesmo tempo conservadora e moderna.

A presença do Poder Moderador, por exemplo, que se colocava acima dos demais poderes ao conferir ao imperador prerrogativas quase ilimitadas, se mostrou como uma característica conservadora, ao passo que a presença de direitos fundamentais invioláveis conferiu à Constituição um certo caráter liberal para a época.

O controle de constitucionalidade das leis no Brasil Império era exercido pelo próprio Poder Legislativo, seguindo fielmente o modelo francês, o qual tinha a competência de interpretar e fiscalizar as leis que ele mesmo produzia.

Nesse sentido, o artigo 15 do texto constitucional de 1824 trazia:

Art. 15. E' da attribuição da Assembléa Geral VIII. Fazer Leis, interpretal-as, suspendel-as, e rovogal-las.

IX. Velar na guarda da Constituição, e promover o bem geral da Nação. (sic)

Assim, o controle não era jurisdicional, apesar de o país contar à época com uma organização judiciária. Era exercido, como visto acima, pela Assembleia Geral e pelo próprio Imperador, através do Poder Moderador.

O artigo 98 da Constituição de 1824 afirmava:

o Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da independencia, equilibrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos(sic).

O Poder Moderador conferia, pois, ao Imperador, a capacidade de rejeitar

projetos de lei sem haver necessidade de justificar o ato. Apesar de não se poder concluir que tal rejeição se baseava na inconstitucionalidade deles, pode-se dizer que esta era uma espécie embrionária de controle político.

Dessarte, afere-se que, em se tratando de controle de constitucionalidade no Brasil Império, este era predominantemente realizado pelo Poder Legislativo, mostrando-se, de certa forma, inoperante, por igualar o legislador ordinário ao legislador constituinte.

b) A Constituição de 1891: fim da Monarquia e início da República

Com o fim da Monarquia e a conseqüente chegada da República, a influência norte-americana no direito brasileiro era extremamente forte. A criação do novo Estado, intitulado Estados Unidos do Brasil, seguiu o modelo estadunidense, assim como já haviam feito diversos de seus vizinhos latinos.

Assim, além da denominação, adotou-se, sob influência de Rui Barbosa, a federação como forma de estado, a instituição da república e o sistema presidencialista de governo. Ademais, implementou-se o modelo de jurisdição universal, típico do common law, e contrário ao sistema francês, que separa a justiça comum da administrativa.

Nos dizeres de Celso Bastos, citado por Bruno Zilberman Vainer (2010):

Com a Constituição Federal de 1891, o Brasil implanta, de forma definitiva, tanto a Federação quanto a República. Por esta última, obviam-se as desigualdades oriundas da hereditariedade, as distinções jurídicas quanto ao status das pessoas, as autoridades tornam-se representativas do povo e investidas de mandato por prazo certo.

Em relação ao controle de constitucionalidade, foi na República Velha que se introduziu em nosso sistema o controle jurisdicional, mais uma vez sob influência do modelo americano.

Além disso, também se consagrou o controle difuso, ou por via de exceção, pois qualquer indivíduo poderia questionar judicialmente a constitucionalidade de certo dispositivo legal.

Assim dispunha o artigo 59 da então Constituição Federal:

Art. 59 – Ao Supremo Tribunal Federal Compete: [...] § 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a validade, ou a

aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela; b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas. [...] Art. 60 - Compete aos Juízes ou Tribunais Federais, processar e julgar: a) as causas em que alguma das partes fundar a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição federal.

O Supremo Tribunal Federal passou a ter, pois, a função de instância final para dirimir questionamentos sobre a validade de tratados ou leis em face da Constituição, desenvolvendo-se, então, embrionariamente, o controle concentrado de constitucionalidade.

As modificações nesse período são bem resumidas por Luís Roberto Barroso:

Ausente do regime da Constituição Imperial de 1824, o controle de constitucionalidade foi introduzido no Brasil com a República, tendo recebido previsão expressa na Constituição de 1891 (arts. 59 e 60). Da dicção dos dispositivos relevantes extraía-se a competência das justiças da União e dos Estados para pronunciarem-se acerca da invalidade das leis em face da Constituição. O modelo adotado foi o americano, sendo a fiscalização exercida de modo incidental e difuso. (BARROSO, 2016, p. 61)

A Constituição de 1934: o golpe de 1930 e o início do controle concentrado

A chamada “Política dos Governadores” dominou o Brasil no período da Primeira República (1891 a 1930), e em meio à oligarquia dominada pelos Estados de Minas Gerais e São Paulo, a insatisfação da população com o coronelismo e a falta de representação política era enorme.

Assim, demandava-se mudança na forma do voto, para abolir a figura do voto de cabresto e, conseqüentemente, conferir ao povo maior autonomia para escolher seus representantes. Além disso, as mulheres, até então mantidas fora do cenário político, agora exigiam direito de participação ativa nas eleições.

A pressão internacional causada pelas revoluções comunistas e pela crise econômica que assolou o mundo em 1929, atrelada à figura de um líder carismático, voltado às questões sociais, criaram o cenário ideal para a revolução de 1930, quando Getúlio Vargas tomaria o poder e colocaria fim ao coronelismo e à política do “café com leite”.

A Constituição de 1934 possuía caráter essencialmente social, democrático e intervencionista, trazendo uma série de direitos e garantias para o bojo constitucional.

No que se refere ao controle de constitucionalidade, a carta de 1934 trouxe inovações importantes. Criou-se a regra - utilizada até hoje - de que o quórum para declarar uma norma inconstitucional seria o de maioria dos membros do tribunal (art.

179 da Constituição de 1934). Assim, aumentava-se a segurança jurídica dos entendimentos, conferindo certa continuidade às interpretações.

Ives Gandra da Silva Martins e Gilmar Ferreira Mendes, ao analisar a Constituição Federal de 1934, apontam que:

A Constituição de 1934 introduziu profundas e significativas alterações no nosso sistema de controle de constitucionalidade. A par de manter, no art. 76, III, b e c, as disposições contidas na Constituição de 1981, o constituinte determinou que a declaração de inconstitucionalidade somente poderia ser realizada pela maioria da totalidade de membros dos tribunais. Evitava-se a insegurança jurídica decorrente das contínuas flutuações de entendimento nos tribunais (art. 179). (MARTINS e MENDES, 2001, p. 23)

De acordo com a redação do art. 12 da Carta de 34, a intervenção federal só se instituiria mediante análise prévia do Supremo Tribunal Federal da constitucionalidade da lei que a decretasse. Dessa forma, pela primeira vez na história do Brasil, o STF tomou para si a competência de analisar a constitucionalidade em tese de uma lei, sem haver necessidade de a questão ser suscitada como preliminar de ação comum. Assim, inaugura-se o controle concentrado de constitucionalidade no Brasil.

Agora, o Supremo passa a ser o órgão no qual se concentra a análise da constitucionalidade da lei que decreta a intervenção, através de um processo próprio com esse escopo específico. Portanto, o controle concentrado e abstrato passou a ser exercido, em contraposição ao método utilizado desde a Constituição de 1891, onde a constitucionalidade ou não da lei ou ato era questão apenas incidental.

Além disso, ao Senado foi atribuída uma importante competência no que tange o controle, pois a ele cabe agora suspender o dispositivo eventualmente declarado inconstitucional. Vejamos:

Art. 91 – Compete ao Senado Federal: [...]

IV – Suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário. [...]

Art. 96 – Quando a Corte Suprema declarar inconstitucional qualquer dispositivo de lei ou ato governamental, o Procurador Geral da República comunicará a decisão ao Senado Federal para os fins do art. 91, nº IV, e bem assim à autoridade legislativa ou executiva, de que tenha emanado a lei ou o ato.

Logo, possui-se, neste momento, duas espécies de controle: A difusa,

realizada no caso concreto como questão prejudicial de mérito, podendo ser realizada por qualquer juiz, em qualquer grau de jurisdição; e a concentrada, que possui agora ação própria e se concentra em um só órgão: o Supremo Tribunal Federal.

c) A Constituição de 1937: o Estado Novo e retrocessos

A outorgada Constituição de 1937 surgiu a partir da dicotomia ideológica que se instaurava no cenário nacional e no internacional. A direita radical do nazifascismo e o comunismo protagonizado pela União Soviética interferiram de forma direta na crise político-ideológica que se formou no Brasil na segunda metade da década de 30.

Assim, aproveitando-se da situação, Getúlio Vargas instituiu o Estado Novo, com a nova Carta Política de cunho fascista, extinguindo o Senado e colocando em risco a atuação do Poder Legislativo. O poder se concentrava, pois, nas mãos do Presidente da República, conforme dispunha em seu artigo 73:

Art. 73 – O Presidente da República, autoridade suprema do Estado, coordena a atividade dos órgãos representativos de grau superior, dirige a política interna e externa, promove ou orienta a política legislativa de interesse nacional e superintende a administração do país.

Portanto, as decisões em sede de controle de constitucionalidade proferidas pelo Supremo Tribunal Federal poderiam ser rejeitadas pelo Presidente, representando séria afronta à tripartição dos poderes e um verdadeiro retrocesso no que diz respeito ao controle.

A Constituição de 37 representou, em suma, uma enorme decadência para o Estado Democrático de Direito e para o controle de constitucionalidade.

d) A Constituição de 1946: o retorno à democracia e o início do controle abstrato

Após o fim da Segunda Guerra Mundial, com a derrota dos regimes totalitários da Europa, Getúlio Vargas convocou eleições diretas, que foram vencidas por Eurico Gaspar Dutra.

A Constituição de 1946, que foi promulgada, é considerada por muitos como a melhor Constituição que já tivemos, pois consagrava os princípios do Estado Democrático de Direito.

Nos dizeres de Celso Bastos, citado por Bruno Vainer (2010):

A Constituição de 1946 se insere entre as melhores, senão a melhor, de todas que tivemos. Tecnicamente é muito correta e do ponto de vista ideológico traçava nitidamente uma linha de pensamento libertária no campo político sem descurar da abertura para o campo social que foi recuperada da Constituição de 1934.

Os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário voltam ao seu funcionamento normal, com modo de atuação semelhante ao atual, e há ampliação da proteção aos direitos individuais.

Em matéria de controle de constitucionalidade, após a retomada do controle judicial, outras modificações foram acrescentadas: As situações passíveis de recurso extraordinário passaram a ser semelhantes ao que temos hoje, e a esfera de ação do controle concentrado se ampliou.

Com a Emenda nº 16, de 26 de novembro de 1965, o controle abstrato de normas estaduais e federais fora definitivamente instituído no Brasil. Incluiu-se a representação de inconstitucionalidade de lei federal ou estadual em tese – de iniciativa exclusiva do Procurador-Geral da República (PGR) – e a prejudicial de constitucionalidade de processos em curso.

Desse modo, o PGR tem, agora, capacidade para ajuizar ação de inconstitucionalidade perante o Supremo em casos diversos da intervenção federal.

Além disso, conferiu-se competência originária aos tribunais para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato municipal em face da Constituição Estadual.

Em suma, com as evoluções trazidas pela Emenda nº 16/65, o Supremo Tribunal Federal passou a demonstrar, cada vez mais, sua principal competência como guardião da Constituição, tanto por ser a última instância do controle difuso, suscitado no caso concreto, quanto por possuir a capacidade originária para processar e julgar ações em sede de controle concentrado.

e) A Constituição de 1967: golpe e ampliação do controle abstrato

Após o golpe militar de 1964, a Constituição de 1946 já não era suficiente à realidade do país. Após diversos Atos Institucionais, os militares outorgaram, em 24 de janeiro de 1967, uma nova Constituição.

O fortalecimento do Poder Executivo, que se tornou o titular da função legiferante, recebendo pelo AI-5 o poder de fechar o Legislativo e suspender as

garantias dos membros do Poder Judiciário, é o principal exemplo do autoritarismo e da arbitrariedade do regime que vigorava no país à época.

Em se tratando de controle de constitucionalidade, foram mantidas todas as novidades trazidas pela Emenda nº 16 supracitada, porém a competência de suspender as leis ou atos normativos declarados inconstitucionais passou do Senado ao Presidente da República, devido à forte presença do Poder Executivo durante o regime.

A grande discussão que cercou a matéria de controle ocorreu em relação à obrigatoriedade ou não de o Procurador-Geral da República – único legitimado para propor a ação direta de inconstitucionalidade à época – instaurar a representação.

Bruno Vainer (2010) cita Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que comenta sobre a Emenda Constitucional nº 16 e o papel do Procurador-Geral da República:

A intenção do legislador constituinte era fácil de aperceber. Pretendia este instituir um controle, concentrado no Supremo Tribunal Federal, visando a norma em tese (como diz a doutrina, um controle principal e não incidental), quando a declaração de nulidade desta viesse ao Executivo federal. Claro que este último aspecto não era explícito – qualquer um poderia, como pôde, reclamar do Procurador-Geral da República – tal “representação”. Mas, em termos realistas, sendo o Procurador-Geral nomeado pelo Presidente da República e podendo ser, a qualquer momento, livremente exonerado por este, jamais atuaria ele contra as conveniências do chefe do Governo.

A insatisfação com essa situação gerou uma discussão que perdurou por todo o período da ditadura, sendo esse um dos principais motivos para o constituinte de 88 ampliar a iniciativa do controle abstrato a mais legitimados.

Conclui-se que, a partir das mudanças sofridas, o controle concentrado de constitucionalidade ganhou cada vez mais espaço, trazendo consigo o Supremo Tribunal Federal como o único órgão especial capaz de julgar suas demandas.

1.3.2 O Sistema Brasileiro Atual de Controle de Constitucionalidade

A atual Constituição Federal foi promulgada em 05 de outubro de 1998. Consagrando os direitos e garantias fundamentais em seu texto, representou o retorno à democracia e ao respeito da dignidade da pessoa humana – após vinte anos de ditadura e violação a tal instituto. Assim, recebida com grande expectativa, a Constituição cidadã trouxe consigo inovações em diversas áreas.

No que diz respeito ao controle, a Constituição de 1988 manteve o sistema

híbrido que fora preconizado com a EC 16/65, que combina o controle difuso, por via de defesa, e o concentrado, por via de ação direta, incorporando, como novidade, a ação de inconstitucionalidade por omissão (CF arts 102, I, a e III, e 103)

Assim, o controle construído ao longo dos anos na história constitucional brasileira foi mantido, contando, no entanto, com algumas inovações:

Foram criados procedimentos de controle contra omissões inconstitucionais, de forma concreta e abstrata, como o mandado de injunção (art. 5º, LXXI, F), e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º, CF), respectivamente. Foi criada, ainda, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, no art. 102, §1º, CF.

Além disso, o rol de legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade foi ampliado, e o controle de constitucionalidade estadual modificado. Agora, os Estados têm a opção de utilizarem-se da ação direta para a declaração de inconstitucionalidade de ato normativo estadual ou municipal em face da Constituição Estadual (art. 125, §2º, CF.)

A ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, de competência do Supremo Tribunal Federal foi criada pela Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993, a fim de “propiciar a prolação de uma decisão do Supremo que reafirme, com eficácia erga omnes e efeito vinculante, a constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo federal”. Uma vez declarada a constitucionalidade da lei, essa decisão torna-se obrigatória, impedindo-se a sua inobservância sob o argumento de inconstitucionalidade.

Além disso, a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, conferiu à ação declaratória de constitucionalidade os mesmos legitimados da ação direta, mudando a redação do art. 103 da Constituição.

Alguns institutos observados atualmente, que surgiram da produção dos tribunais superiores, porém, têm-se mostrado, por vezes, uma afronta ao próprio texto constitucional e ao princípio da separação dos poderes, tão preconizado ao longo das constituições brasileiras, como abordaremos a seguir.

2 A SEPARAÇÃO DOS PODERES EM XEQUE: O NEOCONSTITUCIONALISMO, A TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES DA DECISÃO E A TENDÊNCIA DE ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

Com o advento do movimento neoconstitucionalista e do Estado Democrático de Direito, o Princípio da Supremacia da Constituição, estudado anteriormente, se mostrou presente nas cartas constitucionais mundo afora.

Como consequência, a jurisdição constitucional, que nasceu, como visto no histórico do capítulo anterior, com o fim de verificar a conformidade das normas do ordenamento jurídico com a Carta Magna, sofreu considerável expansão, o que acabou por acarretar em uma ação atípica do Poder Judiciário, em resposta às lacunas existentes na legislação infraconstitucional.

Neste Capítulo, buscaremos elucidar as principais características do Neoconstitucionalismo e dos institutos observados atualmente nas produções dos tribunais superiores, que trazem à tona a discussão relativa ao Princípio da Separação dos Poderes.

2.1 A SEPARAÇÃO DOS PODERES

O princípio da separação dos poderes – conforme dispõe a Constituição Federal em seu artigo 60, § 4º, inciso III – é uma cláusula pétrea, sendo um dos principais garantidores da ordem jurídica e do estado democrático de direito. Ao longo da história, porém, tal princípio tem se ressignificado, principalmente após a expansão do Poder Judiciário a partir do movimento neoconstitucionalista.

2.1.1 Breve Histórico e Concepção Atual

Desde a idade antiga, a questão acerca do exercício dos poderes por parte do Estado é levantada de forma recorrente. Aristóteles (384-322 a.C), o precursor da teoria da tripartição dos poderes do Estado, defendia a divisão de três funções, enunciadas por ele como: deliberativa, executiva e jurisdicional.

Em suas próprias palavras:

Em todo governo, existem três poderes essenciais, cada um dos quais o legislador prudente deve acomodar da maneira mais conveniente. Quando estas três partes estão bem acomodadas, necessariamente o governo vai bem, e é das diferenças entre estas partes que provêm as suas. O primeiro destes três poderes é o que delibera sobre os negócios do Estado. O segundo compreende todas as magistraturas ou poderes constituídos, isto é, aqueles de que o Estado precisa para agir, suas atribuições e a maneira de satisfazê-las. O terceiro abrange os cargos de jurisdição. (ARISTÓTELES, SN, pg. 87)

Tais ideias evoluíram ao longo dos tempos, e foi John Locke, considerado o pai do liberalismo, que defendeu a existência de três poderes essenciais que integrariam o governo: Legislativo, Executivo e Federativo.

As ideias de Aristóteles e Locke continuaram a ser difundidas na época e influenciaram diretamente Montesquieu - conhecido como o principal expoente teórico da separação dos poderes - a publicar sua principal obra: "O espírito das leis". Nela, Montesquieu defende sua teoria de divisão dos poderes, também conhecida como o sistema de freios e contrapesos.

De acordo com sua teoria, para se evitar a existência de um estado absolutista, marcado pela concentração do poder nas mãos do monarca, é impreterível a divisão das funções exercidas pelo governo em três poderes distintos, autônomos e independentes entre si, mas limitados de forma recíproca. (MONTESQUIEU, 2000)

Assim, observando-se um poder isoladamente, este não seria capaz de exercer sua função sem a atuação dos demais, sendo cada um limitado pela existência dos outros dois. O exercício das funções, pois, se dá de forma autônoma, mas o controle exercido para evitar abusos é mútuo e limitante.

No sistema de freios e contrapesos, os poderes Executivo e Legislativo possuiriam a prerrogativa de exercer duas faculdades: a de estatuir e a de impedir. A primeira diz respeito à possibilidade de ordenar ou corrigir ato de outro poder; a segunda, a possibilidade de tornar nulo ato alheio.

Na visão montesquiana, a função jurisdicional não seria dotada de tais prerrogativas, sendo o Poder Judiciário considerado, pois, em posição secundária em relação aos demais. Percebe-se claramente, portanto, que a visão de Montesquieu é diametralmente oposta ao protagonismo judicial observado atualmente.

Os postulados de Montesquieu sobre a tripartição dos poderes foram fundamentais à época, compondo diplomas importantes, como a Constituição Norte

Americana de 1787 e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.

Nesse sentido, o equilíbrio entre os poderes seria inerente ao próprio constitucionalismo, como explica José Afonso da Silva:

[...] tornou-se, com a Revolução Francesa, um dogma Constitucional, a ponto de o artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 declarar que não teria constituição a sociedade que não assegurasse a separação de poderes, tal a compreensão de que ela constitui técnica de extrema relevância para a garantia dos Direitos do Homem, como ainda o é. (SILVA 20066, P.109)

Tais postulados se mantêm vivos até hoje nos Estados Democráticos de Direito, embora, como já foi visto, venham sendo dirimidos com a ascensão do Poder Judiciário. Ocorre que, atualmente, como veremos em breve, o exercício das funções atípicas atribuídas aos poderes, bem como a possibilidade de o judiciário realizar o controle de constitucionalidade, abarcando as competências concernentes ao legislativo, traz à tona o argumento de que o Princípio da Separação dos Poderes – como proposto por Montesquieu – e a própria democracia são postos em voga.

2.2 O NEOCONSTITUCIONALISMO

O Movimento Neoconstitucionalista, relativamente novo no cenário brasileiro, surgiu na metade do século XX, porém já é apontado como um dos principais precursores do ativismo judicial, pois fora com o constitucionalismo moderno que se passou a observar esse e outros fenômenos.

A seguir, faremos uma análise do Neoconstitucionalismo enquanto movimento, expondo os elementos que compõem sua gênese e suas principais características.

2.2.1 Introdução, origem do movimento e denominação

Inicialmente, antes de adentrar no significado do termo “neoconstitucionalismo”, cumpre examinar o termo “constitucionalismo”. Como já foi visto, a partir da Constituição norte-americana, de 1787, e da francesa, de 1791, deu-se origem ao movimento político-jurídico denominado constitucionalismo.

O modelo constitucionalista é uma resposta direta à política de liberdades

estadunidense, período no qual, após a independência, a universalização do sufrágio e a valorização do Legislativo, a representação dos pobres no Parlamento culminou na aprovação de leis que interessavam à maioria, o que representou um grande avanço na democracia norte-americana.

Assim, em reação direta a tal política, o modelo constitucionalista reflete o poder estatal, disciplinado por um conjunto de normas extraídas de um texto escrito, único, produzido em um determinado momento histórico por um órgão designado para tanto, cujas normas são supremas e, principalmente, rígidas. Fora inspirado neste movimento, inclusive, que surgiram as primeiras constituições brasileiras, explanadas no capítulo anterior.

Dessa forma, as normas constitucionais, que possuem duas características fundamentais (supremacia e rigidez), revogam todas as normas anteriores materialmente contrárias a elas.

O Neoconstitucionalismo desenvolve-se partindo de um dos elementos-chave do modelo constitucionalista, qual seja: a supremacia constitucional. Apresentada primeiramente por Alexander Hamilton, a ideia se baseia nas seguintes premissas: Se a Constituição é lei suprema, e cabe ao judiciário interpretar as leis e resolver as antinomias, cabe a ele também invalidar as normas contrárias à Constituição.

Como já foi visto, trata-se de controle difuso de constitucionalidade, consagrado no famoso caso *Marbury vs. Madison*, em 1803. Ao lado de tais modelos, passando por todo o histórico de controle de constitucionalidade no Brasil e no mundo, já extensamente analisado no primeiro capítulo deste trabalho, independentemente do modelo adotado, pôde-se perceber uma tendência de inversão de valores no constitucionalismo.

Inicialmente idealizados para se opor às políticas de liberdades, os textos constitucionais passaram a ser, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, como será explicado a seguir, um importante instrumento contra o uso abusivo do poder estatal.

Consequentemente, a Constituição serve não apenas para garantir o povo contra o uso abusivo do poder, mas também para protegê-lo contra o não exercício deste. Reconheceu-se ao órgão de controle jurisdicional – sejam os juízes do modelo de controle difuso, seja o Tribunal Constitucional – a competência não somente de invalidar atos contrários à Constituição, mas de invalidar a própria omissão estatal. Nesse contexto, surge o Neoconstitucionalismo.

O termo em si foi primeiramente utilizado por Susanna Pozzolo, na conferência ministrada no XVIII Congresso Mundial de Filosofia Jurídica e Social, em 1997, em Buenos Aires.

Segundo a própria autora, existia na época um grupo de pensadores que se assemelhavam no modo de interpretação jurídica:

Embora seja certo que a tese sobre a especificidade da interpretação constitucional possa encontrar partidários em diversas dessas disciplinas, no âmbito da Filosofia do Direito ela vem defendida, de modo especial, por um grupo de jusfilósofos que compartilham um modo singular de conceber o Direito. Chamei tal corrente de pensamento de *neoconstitucionalismo*. Refiro-me, particularmente, a autores como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustav Zagrebelsky e, em parte, Carlos Santiago Nino. (POZZOLO, 1998, p. 339).

Porém, tal denominação seria, segundo alguns, inapropriada. As principais críticas giram em torno de dois argumentos: (i) O termo evoca teorias díspares, demasiadamente heterogêneas e incompatíveis entre si, não possuindo pontos em comum suficientes para serem reunidas e; (ii) O termo “neoconstitucionalismo” é inviável, pois remete ao “novo constitucionalismo”, o que é inapropriado, pois a história não cessa, e o constitucionalismo está fadado a evoluir.

Independentemente das críticas, o termo possui utilidade científica, pois apesar de possuírem particularidades determinantes, todas as teorias se aproximam do modelo neoconstitucional. Além disso, o termo já se consagrou na terminologia da Ciência do Direito, não havendo que se falar em fim da evolução do constitucionalismo.

2.2.2 Principais características do Neoconstitucionalismo

Superadas as polêmicas em relação ao rótulo e à suposta origem do movimento, cumpre agora expor suas principais características e sua importância para o ativismo judicial e os demais fenômenos observados hodiernamente.

Com o término da Segunda Guerra Mundial, os ideais de ética se mostraram imprescindíveis em qualquer ordenamento jurídico, não se conformando a sociedade com uma lei meramente formal. Isso se deve ao fato de o Estado Nazista ter sido um Estado Legal, sendo as Leis de Nuremberg aprovadas pelo parlamento alemão e consideradas válidas por boa parte da doutrina e da jurisprudência à época.

Tal fato, no 2º pós-guerra, gerou ferrenhas discussões acerca da

fundamentação da imputação normativa apenas na vontade do agente competente, a fim de não mais se justificar atrocidades na letra da lei. Surge, pois, o Estado Democrático de Direito, que objetiva, acima de tudo, a igualdade, e cuja lei serve, precipuamente, para promover o Estado Social.

Acerca do Estado Democrático de Direito, relata José Luis Bolzan de Moraes (2003, p.105-108):

Quando assume o feitiço democrático, o Estado de Direito tem como objetivo a igualdade, e, assim, não lhe basta a limitação ou a promoção da atuação estatal, mas referenda a pretensão à transformação do *status quo*. A lei aparece como instrumento de transformação da sociedade, não estando mais atrelada inelutavelmente à sanção ou à promoção. O fim a que pretende é a constante reestruturação das próprias relações sociais. [...] Ou seja, o Estado Democrático de Direito é uma fórmula de Estado Social que vai além de um projeto de bem-estar, como dito acima, previamente fixado e promove uma inovação nas relações entre o princípio democrático e o princípio (função) de garantia que advém das origens do constitucionalismo liberal.

A principal referência que representa esse início de movimento é a Constituição alemã (1949), intitulada Lei Fundamental de Bonn, e o Tribunal Constitucional Alemão (1951), ambos responsáveis por produzir significativamente materiais relativos ao direito constitucional. Sucessivamente vieram ainda a Constituição da Itália (1947) e sua Corte Constitucional (1956).

Além disso, no campo da filosofia, o Neoconstitucionalismo está relacionado ao pós-positivismo, que objetiva superar a pura e fria legalidade do positivismo de Kelsen e Hart, mas sem remeter-se ao jusnaturalismo. Assim, reconhece-se a natureza normativa dos princípios e a valoração dos direitos e garantias fundamentais, relacionando o Direito e a ética.

Com o pós-positivismo, a teoria hermenêutica própria do positivismo jurídico de Kelsen, apresentada no Capítulo VIII da “Teoria Pura do Direito”, é refutada. Ronald Dworkin propõe, então, a divisão das normas em regras e princípios, os quais devem ser sopesados à luz do caso concreto.

Assim, as constituições influenciadas pelo pós-guerra previram expressamente valores antes negligenciados, e o Princípio da Supremacia da Constituição se mostrou extremamente importante. Influenciado por este é que se ampliou, também, a jurisdição constitucional, adotando o Poder Judiciário como o protetor da Lei Maior. Foram assim, como já foi visto, criados o controle de constitucionalidade e os tribunais constitucionais, presentes cada vez mais nos textos constitucionais para fazer valer a dignidade da pessoa humana.

A jurisdição constitucional se mostra, portanto, como o poder exercido pelos juízes e tribunais ao aplicar diretamente a Constituição através do controle de constitucionalidade, assim como na interpretação do ordenamento jurídico infraconstitucional conforme a Constituição.

No que diz respeito à hermenêutica constitucional, Luís Roberto Barroso (2005, p. 09) ensina, em seu texto “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito”, que:

Com o avanço do direito constitucional, as premissas ideológicas sobre as quais se erigiu o sistema de interpretação tradicional deixaram de ser integralmente satisfatórias. Assim: (i) quanto ao *papel da norma*, verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo. Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente; (ii) quanto ao *papel do juiz*, já não lhe caberá apenas uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete torna-se co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis.

Dessa forma, a aplicação do direito passou a dar-se por meio da ponderação, no qual se identificam, primeiramente, os valores (princípios) inerentes ao caso concreto e, através da apuração dos pesos dos respectivos valores, faz-se o balanceamento entre estes, levando sempre em consideração as especificidades do caso concreto.

Através da ponderação, a regra do tudo ou nada, formulada por Dworkin, é superada, havendo a possibilidade de, à luz do caso concreto, afastar-se uma norma, havendo prevalência de princípios opostos que justifiquem sua não aplicação.

Assim, têm-se como principais características do Neoconstitucionalismo a preservação, promoção e garantia dos direitos ditos como fundamentais, através da remodelação do ordenamento jurídico, a fim de tornar a Constituição uma garantidora absoluta frente às demais normas.

A soberania constitucional e o reconhecimento da força normativa dos princípios se mostraram, portanto, cada vez mais em voga, adotando-se, de uma vez por todas, o Estado Democrático de Direito, o que provocou uma mudança de paradigma, revolucionando o meio de se enxergar o Direito.

2.3 A TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES DA DECISÃO

A partir do Neoconstitucionalismo e do triunfo da jurisdição constitucional, houve a ressignificação do princípio da separação dos poderes proposto por Montesquieu, e o protagonismo Judiciário passou a crescer. Assim, algumas tendências começaram a ser observadas, como a teoria da transcendência dos motivos determinantes da decisão, a tendência de abstrativização do controle concreto de constitucionalidade e o infame ativismo judicial. Os dois primeiros fenômenos serão analisados detalhadamente nos tópicos abaixo, enquanto o ativismo judicial, devido à sua complexidade, será explorado no próximo capítulo deste trabalho.

2.3.1 Efeitos das decisões no âmbito do controle concentrado-abstrato de constitucionalidade

Inicialmente, revisaremos os efeitos conferidos às decisões em sede de controle concentrado-abstrato de constitucionalidade, por via de ação direta.

A decisão proferida no processo objetivo possui, em regra, como estabelecido pela Lei n. 9.868/99, efeitos retroativos (*ex tunc*), gerais (*erga omnes*), reconstituintes e vinculantes.

Não obstante, apenas a conclusão da sentença ou do acórdão – ou seja, sua parte dispositiva – é abarcada pela coisa julgada e se torna imutável e indiscutível. Assim, o relatório, que é parte meramente narrativa, e a fundamentação da sentença não entram no âmbito da coisa julgada, por força do artigo 504 do Código de Processo Civil. Veja-se:

Art. 504. Não fazem coisa julgada:

I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;

II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença.

Ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, portanto,

declara-se sua nulidade, deixando tal lei de produzir seus efeitos. A norma passa, então, para o plano da não vigência. Tal decisão possui força de lei e caráter vinculante para os outros tribunais, tal qual o *stare decisis* americano, mas nem sempre foi assim.

Inicialmente, a possibilidade de se conferir eficácia *erga omnes* às decisões do Supremo Tribunal Federal, em sede de controle abstrato, se dava da mesma maneira do controle incidental, através da intervenção do Senado Federal, como ensina Gilmar Mendes (2014, pg 360)

O constituinte de 1934 introduziu a chamada *suspensão de execução da lei* mediante intervenção do Senado Federal (art. 91, IV) com o propósito inequívoco de emprestar força normativa às declarações de inconstitucionalidade proferidas incidentalmente pelo Supremo Tribunal Federal. Este instituto foi incorporado à Constituição de 1946 (art. 64), à Constituição de 1967/69 (art. 42, VII) e mantido na Constituição de 1988 (art. 52, X). Esse ato do Senado Federal conferia eficácia *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade proferida no caso concreto (MENDES, 2014)

Apenas posteriormente passou-se a admitir que as decisões de inconstitucionalidade proferidas no processo de controle abstrato de normas tinham eficácia *erga omnes*, deixando de se submeter, pois, ao Senado Federal. Tal orientação se consagrou expressamente no artigo 28 da Lei n. 9.868/99.

A eficácia *erga omnes* se justifica no caráter geral das ações diretas, que defendem os interesses da coletividade. Com efeito, esta é a redação do artigo 28 da Lei supracitada:

Art. 28: A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal

Assim, os conceitos anglo-saxões de *stare decisis* e *binding precedent*, já estudados no primeiro capítulo do presente trabalho, são expressos no efeito vinculante atribuído ao controle de constitucionalidade. A decisão que declara a inconstitucionalidade, ou não, em ação direta, reveste-se, pois, da autoridade da coisa julgada, com eficácia vinculativa para todos os órgãos judiciais.

Em caso de inobservância desse efeito, caberá reclamação constitucional, caso esta seja feita por juízes ou tribunais (CF, art. 102, I). A Administração também se vincula, sendo que eventual descumprimento se sujeita à impugnação judicial,

podendo até mesmo haver a responsabilização do agente público.

Outro efeito que se observa da declaração de inconstitucionalidade é o efeito retroativo (*ex tunc*), segundo o qual ao se declarar nula uma lei, esta é atingida desde sua edição, estando todos os atos praticados com base na lei inconstitucional igualmente eivados de ilicitude, pois a nulidade é, fora ressalva expressa, *ipso jure*.

Em casos excepcionais, porém, o Supremo Tribunal, mediante decisão de maioria qualificada, poderá estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, proferindo-a com eficácia *ex nunc* ou *pro futuro*, principalmente nos casos em que a declaração de nulidade se mostrar absolutamente inidônea para a finalidade perseguida.

O efeito repristinatório, por sua vez, ocorre quando a lei anterior, que havia sido revogada pela nova lei – declarada inconstitucional – tem sua vigência restaurada, salvo disposição em contrário pelo próprio Tribunal.

Sobre a matéria, explica Luís Roberto Barroso:

[...] Sucede, porém, que, se a lei revogadora vier a ser declarada inconstitucional, não deverá produzir efeitos válidos, impondo o princípio da supremacia da Constituição que a situação jurídica volte ao *status quo ante*. Por essa razão, tanto a doutrina quanto a jurisprudência sempre sustentaram que a declaração de inconstitucionalidade de uma lei restaura a vigência da legislação previamente existente por ela afetada. A Lei n. 9.868/99 ratificou esse entendimento, embora admitindo que o Tribunal possa excepcioná-lo, manifestando-se expressamente em sentido contrário (BARROSO, 2016, P. 144).

Tais efeitos podem ser observados, com as devidas exceções, na grande maioria das decisões proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade. Abordaremos, a seguir, uma teoria que procura estender o efeito vinculante das decisões aos motivos determinantes da sentença, tal como é admitido pelo direito Alemão.

2.3.2 A teoria da transcendência dos motivos determinantes

Como já foi visto, no processo subjetivo, apenas a parte dispositiva da sentença de mérito se torna imutável e indiscutível. Admite-se, portanto, que os fundamentos da decisão voltem a ser discutidos em outro processo.

No entanto, em especial nos processos objetivos, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, tem-se observado forte corrente doutrinária

apontando que os motivos determinantes da decisão também se tornariam imutáveis e indiscutíveis, passando a vincular as futuras demandas à fundamentação.

Assim, além do dispositivo da decisão judicial, a *ratio decidendi*, proferida em sede de controle, também possuiria força vinculante. Entende-se por motivos determinantes, aqui, a fundamentação necessária que levou ao julgamento.

Luís Roberto Barroso conceitua a teoria como:

Em sucessivas decisões, o Supremo Tribunal Federal estendeu os limites objetivos e subjetivos das decisões proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade, com base em uma construção que vem denominando transcendência dos motivos determinantes. Por essa linha de entendimento, é reconhecida eficácia vinculante não apenas à parte dispositiva do julgado, mas também aos próprios fundamentos que embasaram a decisão. Em outras palavras: juízes e tribunais devem acatamento não apenas à conclusão do acórdão, mas igualmente às razões de decidir.

Como consequência, seria admissível reclamação contra qualquer ato, administrativo ou judicial, que contrarie a interpretação constitucional consagrada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade, ainda que a ofensa se dê de forma oblíqua. (BARROSO, 2016, P. 248).

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe ainda mais força ao debate. Com base no inciso I de seu art. 927, foi editado o Enunciado 168 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), segundo o qual: “os fundamentos determinantes do julgamento de ação de controle concentrado de constitucionalidade realizado pelo STF caracterizam a *ratio decidendi* do precedente e possuem efeito vinculante para todos os órgãos jurisdicionais”.

Nesse sentido, também explica Daniel Assumpção:

(...) atualmente a adoção de tal teoria não depende mais de um alargamento dos efeitos objetivos da coisa julgada material, sendo na realidade decorrência da eficácia vinculante do precedente criado pelo julgamento da ação direta de inconstitucionalidade (art. 927, I, do CPC). Acredito, portanto, que a teoria atualmente conta com previsão legal expressa, sem importar em contrariedade ao art. 504 do CPC. (ASSUMPÇÃO, 2018)

Além disso, tal teoria também encontra amparo no atual regramento da reclamação constitucional, disciplinada nos artigos 988 e seguintes do Código de Processo Civil, em especial nas disposições de seu inciso III e parágrafo 4º:

Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para: (...)

III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; (...)

§ 4º As hipóteses dos incisos III e IV compreendem a aplicação indevida da tese jurídica e sua não aplicação aos casos que a ela correspondam.

Percebe-se, pois, que uma das hipóteses de cabimento da reclamação constitucional é exatamente a não observância de tese jurídica fixada em decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade.

Contudo, nem toda a fundamentação da decisão vinculará a Administração Pública e os demais órgãos do Poder Judiciário, mas apenas as razões principais da decisão (*ratio decidendi*). Comentários laterais, que não influem na decisão, os chamados *obiter dictum*, não vinculam.

É o que se extrai da lição de Bernardo Gonçalves Fernandes, *litteris*:

Mas aqui, mais uma questão: toda a parte de fundamentação vincula com base no efeito vinculante? Obviamente que não. O que obriga e vincula, e é o fator determinante da transcendência dos motivos determinantes, é a chamada *ratio decidendi*, a razão fundamental de decidir. Certo é que, na parte da fundamentação, também teremos *obiter dictum*; coisas paralelas, ditas de passagem, que não irão vincular (não serão vinculantes). (Fernandes, 2011)

Dessa forma, possuindo amplo embasamento legal e doutrinário, as consequências práticas da adoção dessa teoria são inúmeras, conforme lembra Dirley da Cunha Júnior:

Com base nessa teoria, se o Supremo declarasse a inconstitucionalidade de uma lei de determinado Estado, a fundamentação utilizada nessa ação como razão de decidir (*ratio decidendi*) teria eficácia vinculante *erga omnes* (contra todos) e atingiria todas as leis materialmente iguais de outros Estados, sem a necessidade de se propor novas ações diretas. (JUNIOR, sn, sp)

O tema é extremamente controverso na doutrina e inclusive entre os ministros do STF, tendo constado, no final de 2017, em decisão publicada no informativo 887, que:

“O STF NÃO admite a ‘teoria da transcendência dos motivos determinantes’.” (STF. 2ª Turma. Rcl 22012/RS, Rel. Min. Dias Toffoli, red. p/ ac. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 12/9/2017 – Info 887).

No entanto, logo depois, os ministros da Corte decidiram nas ADIs 3406/RJ e 3470/RJ, julgadas em 29/11/2017 (e publicadas no Informativo 886), que o artigo 2º da Lei 9.055/95 era inconstitucional.

Ocorre que tal lei não fora objeto de impugnação na ação principal, que versava sobre a extração do amianto. Porém, de forma incidental, na fundamentação das respectivas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, o STF declarou tal dispositivo como inconstitucional, sendo atingidos, ainda que na *ratio decidendi*, pelo efeito vinculante, em um claro exemplo de uso pelo Supremo da teoria da transcendência dos motivos determinantes.

Assim, a aplicação ou não da teoria alemã no Brasil ainda se mostra bastante controversa, sendo fonte de extensos debates acerca do fortalecimento exacerbado do Poder Judiciário, especialmente do Supremo Tribunal Federal, o qual ainda não estabilizou o tema.

2.3 A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDADE

Além da teoria explanada acima, um outro fenômeno tem sido observado atualmente. A linha que distingue a teoria da transcendência dos motivos determinantes e a abstrativização do controle difuso-concreto é tênue. Portanto, antes de adentrar no assunto, cabe breve revisão acerca da diferença das modalidades de controle de constitucionalidade.

2.3.1 Controle Concreto e Concentrado vs. Controle no caso Concreto e Controle Abstrato de Constitucionalidade

Como já foi visto, a fiscalização da constitucionalidade, ou a manutenção de sua rigidez, pode se dar tanto de forma direta, com as ações constitucionais propriamente ditas – através do chamado controle concentrado de constitucionalidade – propostas perante o Supremo Tribunal Federal, quanto de forma incidental, mediante instrumentos ordinários, no chamado controle abstrato de constitucionalidade.

Cabe aqui diferenciar, inicialmente, os controles concreto e abstrato dos controles difuso e concentrado. A classificação em controle concentrado e difuso vem da competência do Poder Judiciário para analisar a constitucionalidade da lei ou ato

objeto da ação.

Como vimos alhures, no notório precedente *Marbury vs. Madison*, tornou-se definitivo o controle difuso de constitucionalidade, no qual todo e qualquer juiz tem a capacidade de reconhecer a inconstitucionalidade das normas, negando-lhes aplicação.

Assim, a competência para análise é de qualquer órgão do Poder Judiciário. Na já analisada Constituição Republicana, de 1891, percebe-se a nítida influência do direito americano e a conseqüente adoção desse tipo de controle.

No controle concentrado, também conhecido como reservado, a competência se concentra, sendo reservada somente a determinado órgão, seja ele componente do Poder Judiciário ou não. Com influência direta do sistema austríaco, estudado acima, a partir da Emenda Constitucional de nº 16, na Constituição de 1965, o Supremo Tribunal Federal passa a ser o principal guardião da Constituição, tomando para si a função da Corte Constitucional de Kelsen.

O Brasil adota, atualmente, um sistema misto de controle, utilizando tanto o sistema concentrado quanto o sistema difuso de constitucionalidade.

Diverge dessa classificação a feita com relação à forma ou modo do controle jurisdicional, quais sejam: controle abstrato ou controle concreto de constitucionalidade. Tais modalidades de controle já foram explanadas acima, porém cabe lembrar as principais diferenças para fim de comparação de suas características.

No controle em tese, ou por via abstrata, também conhecido como controle por via de ação direta ou principal, o escopo principal é a proteção da ordem constitucional objetiva, assegurando a supremacia da CF. É aquele realizado por meio de um processo constitucional objetivo, sendo a declaração de inconstitucionalidade o próprio pedido da ação.

No controle abstrato, é na parte dispositiva da decisão que a lei será declarada constitucional ou inconstitucional, sendo o processo alheio a discussões de viés subjetivo, não possuindo, conseqüentemente, partes.

Ao contrário, no controle realizado em sede de caso concreto, também chamado de controle por via incidental, por via de exceção ou por via de defesa, ou ainda *incidenter tantum*, a análise surge a partir de um caso concreto, que tem por finalidade a proteção dos direitos subjetivos das partes.

A constitucionalidade ou não da norma, no controle concreto, não é o próprio

objeto do pedido, mas sim sua causa de pedir, sendo esta analisada na fundamentação da decisão como questão incidental, podendo, inclusive, ser reconhecida de ofício pelo juiz.

Devido sua semelhança, tais critérios são comumente confundidos. Não há como negar que, geralmente, o controle difuso se faz de forma incidental, ao passo que o controle abstrato se concentra no órgão superior.

A despeito disso, não se podem confundir os diferentes critérios, pois não há uma relação necessária entre eles, comportando, inclusive, exceções e combinações diversas, como é o caso da ADI interventiva e da ADPF incidental, ou ainda do Recurso Extraordinário Constitucional.

A distinção das diferentes modalidades de controle é de extrema importância para a análise da tendência observada no presente capítulo, que será analisada a seguir.

2.3.2 A abstração ou objetificação do controle difuso-concreto

Após a necessária distinção comentada acima, passa-se a observar o fenômeno processual da abstração do controle concreto de constitucionalidade, bem como analisar as suas consequências para o ordenamento jurídico.

A abstrativização consiste em dar à modalidade difuso-concreto de controle de constitucionalidade tratamento semelhante ao do controle concentrado-abstrato, conferindo eficácia vinculante e *erga omnes* às suas decisões, para além das partes postulantes do caso concreto.

Tal fato levanta inúmeros questionamentos e traz de volta a discussão acerca do equilíbrio entre os poderes, pois o papel conferido ao Senado Federal pelo artigo 52, inciso X, da Constituição Federal para, através de resolução, suspender a execução de lei considerada inconstitucional por decisão do STF, seria suprimido.

Tradicionalmente, tal dispositivo é atrelado ao controle difuso, pois este é incidental, e serviria para dar às decisões do STF eficácia vinculante e *erga omnes*.

Para se entender a razão da existência de referido dispositivo, cabe voltar aos primeiros capítulos deste trabalho, mais especificamente na origem do controle de constitucionalidade norte-americano e brasileiro.

Como já foi visto, o sistema jurídico dos Estados Unidos é do *common law*,

que, grosso modo, se traduz na força vinculante dos precedentes, seguindo a doutrina do *stare decisis et non quieta movere*.

No Brasil, por outro lado, o sistema adotado é o do *civil law*, portanto, as decisões tomadas pelas cortes judiciais, salvo expressa previsão legal, não possuem efeito vinculante.

Assim, a decisão sobre a constitucionalidade de lei ou ato normativo tomada em processo subjetivo, mesmo que pelo Supremo Tribunal Federal, possui eficácia apenas *inter partes*.

Sobre o tema, explica Luís Henrique Zoueln:

Buscando contornar esse problema, inicialmente a Constituição de 1934, e hoje a Constituição de 1988, previu um mecanismo de ampliação dos efeitos subjetivos da decisão tomada em sede de controle difuso-concreto de constitucionalidade. Trata-se da suspensão pelo Senado Federal da execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, hoje prevista no já citado artigo 52, inciso X. (ZOUEN, SN, SP)

Por essa razão, ficou estabelecida ao Senado Federal a função de ampliar os efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade proferida em caso concreto pelo Supremo Tribunal Federal, para atingir a todos.

Porém alguns autores, como o Ministro Gilmar Mendes, defendem que as decisões do Supremo Tribunal Federal que declaram a inconstitucionalidade de atos normativos, independentemente da modalidade de controle que esteja exercendo – na via difusa ou concentrada –, devem possuir efeito *erga omnes* e vinculante, em uma clara aproximação dos dois meios de controle.

Quanto à utilidade dessa função do Senado, Luís Roberto Barroso:

A verdade é que, com a criação, da ação genérica de inconstitucionalidade, pela EC n. 16/65, e com o contorno dado a ação direta pela Constituição de 1988, essa competência atribuída ao Senado tornou-se um anacronismo. Uma decisão do Pleno Supremo Tribunal Federal, seja em controle incidental ou em ação direta, deve ter os mesmos efeitos. Respeitada a razão histórica da previsão constitucional, quando de sua instituição de 1934, já não há mais lógica razoável em sua manutenção. Também não parece razoável e lógica, com a vênia devida aos ilustres autores que professam entendimento diverso, a negativa de efeitos retroativos à decisão plenária do Supremo Tribunal Federal que reconheça a inconstitucionalidade de uma lei. Seria uma demasia, uma violação ao princípio da economia processual, obriga um dos legitimados do art. 103 a propor ação direta para produzir uma decisão que se sabe qual é. (BARROSO, 2006, P.111)

Cabe aqui, rapidamente, explicar o fenômeno da Mutação Constitucional, uma forma de driblar o procedimento laborioso das Emendas Constitucionais imposto pela

Carta Maior.

Através da tese da mutação, o Supremo Tribunal Federal pode atribuir nova interpretação a alguns dispositivos constitucionais, sem, contudo, alterar formalmente seu texto. Tal processo também tem origem na Alemanha, sendo bastante difundido no *stare decisis* norte-americano.

Nas palavras de Ana Cândida Ferraz (1986, p.47), a mutação seria:

(...) alteração, não da letra ou do texto expresso, mas do significado, do sentido e do alcance das disposições constitucionais, por meio ora da interpretação judicial, ora dos costumes, ora das leis, alterações essas que, em geral, se processam lentamente, e só se tornam claramente perceptíveis quando se compara o entendimento atribuído às cláusulas constitucionais em momentos diferentes, cronologicamente afastados uns dos outros, ou em épocas distintas e diante de circunstâncias diversas.

No Brasil, a tese, assim como os outros fenômenos estudados neste trabalho, é alvo de várias críticas, pois o processo de mutação ampliaria ainda mais o papel de legislador positivo desempenhado pelo STF.

Após essa breve explicação, percebe-se que houve uma clara mutação constitucional do já citado artigo 52, X, da Constituição Federal, sustentada pela maioria dos Ministros nas ADIs 3406 e 3.470. A norma passaria então a ter o sentido de que a resolução do Senado Federal serve apenas para conceder publicidade à decisão do Supremo Tribunal Federal, que por si só já possui eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.

Crítico ferrenho da mutação, Georges Abboud, sobre este julgamento:

Em outros termos, nossa Constituição não equipara controle abstrato ao controle concreto e, por consequência, é defeso ao intérprete fazê-lo, mesmo – e principalmente – que este intérprete seja o STF. A Constituição Federal não deu poderes para o STF, em sede de controle concreto, de aniquilar a lei que entende inconstitucional, mas apenas o poder de, em assim reconhecendo, deixar de aplicá-la na solução da lide. Nesse caso concreto, o STF decide a lide existente entre as partes do processo. Trata-se de processo subjetivo, cujo objeto litigioso está limitado pela petição inicial do autor e não pode ser aumentado de ofício. (ABBOUD, 2018 p. 1193)

A principal consequência de tal fenômeno é o fortalecimento do STF, uma vez que suas decisões passariam a ter efeito vinculante e *erga omnes* não apenas no controle concentrado de constitucionalidade, como lhe foi estabelecido pela Constituição, mas também nas suas decisões em sede de controle difuso.

Assim, conforme Sérgio Resende de Barros:

A intervenção do Senado no controle difuso é um engenhoso meio jurídico-político de atender ao princípio da separação de poderes, entre cujos corolários está o de que só lei pode revogar lei. Esse princípio tem de ser mantido no controle difuso, pois faz parte de sua lógica. A lógica do controle concentrado é outra: admite a corte constitucional como legislador negativo, o que é inaceitável no controle difuso. Cada modo de controle deve manter sua lógica para conviver em harmonia. Se não, o misto se torna confuso. Exatamente para manter a lógica do controle difuso, coerente com a separação de poderes, é que se teoriza que o Senado subtrai exiçüibilidade à lei, porém não a revoga (...) (BARROSO, 2003)

Outra consequência direta é o desrespeito ao devido processo legal, pois ao se estabelecer o procedimento para o controle abstrato de constitucionalidade, a Constituição delimita taxativamente os legitimados a deflagrarem o processo. Através da abstração dos efeitos da decisão no controle difuso, qualquer pessoa, desde que tenha capacidade processual genérica, estaria apto a ensejar a declaração de inconstitucionalidade de uma lei.

O desrespeito às competências estabelecidas pelo texto constitucional e a hipertrofia do Poder Judiciário são as principais desvantagens de tal tendência, uma vez que o STF toma para si o poder de retirar do ordenamento jurídico qualquer norma, por inconstitucionalidade na via incidental.

Apesar disso, o fenômeno apresenta algumas vantagens, pois ao permitir a declaração de inconstitucionalidade de uma lei em sede de controle difuso, mas com efeitos *erga omnes*, vai ao encontro da tendência do moderno constitucionalismo, que busca amplificar a legitimidade do debate constitucional, como visto alhures. Além disso, a economia processual ensejada é enorme, pois pessoas que se encontram na mesma situação jurídica poderiam obter o mesmo efeito prático a partir do resultado do primeiro demandante, sem a necessidade de ingressar em juízo novamente.

3 O ATIVISMO JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: DIVERGÊNCIA DOCTRINÁRIA E PROBLEMÁTICA ATUAL

A independência dos membros do Judiciário é um dos principais efeitos neoconstitucionais no que tange à postura considerada ativista, sendo tal efeito perceptível ao redor do mundo.

Este último capítulo abordará o ativismo judicial em si e analisará a postura ativista do Judiciário brasileiro, em especial do Supremo Tribunal Federal, apresentando os pontos tidos como positivos e negativos deste instituto, através de conceitos e análises de casos emblemáticos de relevante repercussão nacional para, finalmente, concluir se há ou não a transgressão da Separação entre os Poderes.

3.1 O QUE É O ATIVISMO JUDICIAL?

Inicialmente, buscaremos contextualizar a origem do Ativismo Judicial e fazer a distinção necessária entre este instituto e o da Judicialização da Política, apresentando o histórico e as principais características desses dois movimentos nascidos do Neoconstitucionalismo.

3.1.1 A jurisdição Constitucional e a Judicialização da Política decorrentes do Neoconstitucionalismo

Conforme explanado no capítulo anterior, o Estado Democrático de Direito se consolidou a partir do final da Segunda Guerra Mundial. Com o Neoconstitucionalismo e a expansão da jurisdição Constitucional, o protagonismo judiciário se mostrou cada vez mais presente, sendo sua função precípua de guarda e interpretação da Constituição um dos motivos observados para sua ascensão, o que significou uma reestruturação do sistema de equilíbrio entre os poderes.

[...] afirma-se que a principal característica da experiência jurídica brasileira após a promulgação da Constituição Federal de 1988 foi o fortalecimento do Poder Judiciário, segundo uma tendência que se manifesta em vários países, mas adquiriu particular intensidade no Brasil. O Judiciário concretiza a Constituição, aplicando-a diretamente em casos concretos, de acordo com aquilo que os Tribunais consideram como conteúdo dos princípios

constitucionais. Isso criou o referido protagonismo do Poder Judiciário, simbolizado pela recente midiática do Supremo Tribunal Federal, cuja atuação cotidiana tornou-se notícia central, sendo frequentes reportagens e entrevistas sobre os posicionamentos políticos e até mesmo sobre a vida privada de seus integrantes.

Essa mudança no equilíbrio entre os poderes estatais tornou a atividade desenvolvida pelo Judiciário mais próxima da atuação do legislador positivo. O Judiciário muitas vezes supre lacunas deixadas pelo legislador ou até decide contrariamente ao estabelecido nos textos legais, suprimindo também omissões do Legislativo. Temos uma situação, rotulada de ativismo judicial, que recebe os aplausos de grande parte da doutrina nacional, sendo minoritárias as críticas. (DIMOULIS, 2012, p.262 – 263).

Ao longo do tempo, passou-se, então, a se observar a judicialização da política e das relações sociais, sendo questões relevantes do ponto de vista político, social e moral decididas em última instância pelo Poder Judiciário.

Acerca do tema, ensina Teixeira (2012), que a Carta Republicana de 1988 ampliou o papel do magistrado, impulsionando-o a uma participação mais ativa perante a sociedade, mormente diante da necessidade de assegurar direitos fundamentais que não encontram previsão legal capaz de lhes atribuir regulamentação. Em decorrência disso, a judicialização da política representa, concretamente, a expansão do poder dos juízes e a transferência do poder de criação normativa do Legislativo para o Judiciário, assim como a criação de métodos e técnicas decisórias estranhas ao que tem sido utilizado.

A crise de representatividade causada pela desilusão da política atual é uma das principais razões que, atrelada ao reconhecimento da importância do Judiciário e à omissão deliberada dos agentes políticos no que diz respeito a assuntos polêmicos, contribuíram para a expansão do fenômeno.

Sobre o tema, conclui Barroso (2016, pg. 286)

Como consequência, quase todas as questões de relevância política, social ou moral foram discutidas ou já estão postas em sede judicial, especialmente perante o Supremo Tribunal Federal. A enunciação que se segue, meramente exemplificativa, serve como boa ilustração dos temas judicializados: (i) instituição de contribuição dos inativos na Reforma da Previdência (ADI 3.105-DF); (ii) criação do Conselho Nacional de Justiça na Reforma do Judiciário (ADI 3.367- DF); (iii) pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI 3.510-DF); (iv) liberdade de expressão e racismo (HC 82.424-RS — caso Ellwanger); (v) interrupção da gestação de fetos anencefálicos (ADPF 54/DF); (vi) restrição ao uso de algemas (HC 91.952-SP e Súmula Vinculante n. 11); (vii) demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol (Pet 3.388-RR); (viii) legitimidade de ações afirmativas e quotas sociais e raciais (ADI 3.330); (ix) vedação ao nepotismo (ADC 12-DF e Súmula 13); (x) não recepção da Lei de Imprensa (ADPF 130-DF). A lista poderia prosseguir indefinidamente, com a identificação de casos de grande visibilidade e repercussão, como a extradição do militante italiano Cesare Battisti (Ext

1.085-Itália e MS 27.875-DF), a questão da importação de pneus usados (ADPF 101-DF) ou da proibição do uso do amianto (ADI 3.937-SP).

O sistema de controle de constitucionalidade vigente no Brasil contribuiu ainda mais para a expansão da judicialização, pois ao admitir uma grande variedade de ações diretas ajuizáveis perante o Supremo Tribunal Federal, fora de um caso concreto, torna-se praticamente impossível impedi-la.

Ademais, diante da quantidade avassaladora de lides que chegam diariamente às suas portas, em busca de uma sentença de mérito em questões que, primordialmente, deveriam ser resolvidas no âmbito dos outros poderes, a judicialização se mostra inevitável.

Dessarte, uma vez provocados, os juízes e tribunais não têm alternativa a não ser pronunciarem sobre a questão suscitada, não podendo levantar lacunas no ordenamento jurídico para se absterem de resolver um problema. O que determinará a existência ou não do ativismo judicial é a forma com que se dará esse pronunciamento, como ver-se-á a seguir.

3.1.2 Ativismo Judicial: histórico e principais características

O ativismo judicial teve origem na história Norte-Americana e se relaciona às dificuldades hermenêuticas na interpretação e aplicação da Constituição americana, principalmente ao se operar o *judicial review*, instrumento já analisado nos capítulos anteriores.

Sobre o tema, Barroso explica que:

Ativismo judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais [...]. A partir daí, por força de uma intensa reação conservadora, a expressão ativismo judicial assumiu, nos Estados Unidos, uma conotação negativa, depreciativa, equiparada ao exercício impróprio do poder judicial. Todavia, depurada dessa crítica ideológica – até porque pode ser progressista ou conservadora – 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 (BARROSO, 2016, P.387)

Para o autor Christopher Wolfe, em sua obra “Judicial Activism – Bulwark of

Freedom or Precarious Security?”, a compreensão do ativismo judicial dar-se-ia a partir da observância das modificações ocorridas na postura interpretativa da Suprema Corte americana ao longo do tempo.

Ainda, segundo o autor, a história do *judicial review* dividir-se-ia em três momentos ou eras: fase tradicional (*tradicional era*), fase de transição (*transitional era*) e fase moderna (*modern era*).

A primeira fase seria o período no qual, pela primeira vez, com o célebre caso *Marbury vs. Madison*, se discutiu a possibilidade do controle da constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário, ocasião na qual o controle seria uma forma de conferir efetividade à vontade do povo, expressa na Constituição, o que não significaria uma imposição da vontade judicial sobre a vontade legislativa.

Durante essa fase, a interpretação constitucional se dava de acordo com a vontade do legislador constituinte, limitando-se o judiciário a invalidar as leis claramente incompatíveis com a Constituição, sem nunca se aplicar a vontade dos próprios julgadores.

Já na *transitional era*, a interpretação foi ganhando contornos mais subjetivistas, e a vontade do constituinte foi sendo deixada de lado em prol da vontade do intérprete. Foi nesse momento que as discussões sobre o ativismo judicial passaram a ganhar espaço, e os limites entre a interpretação e a criação judicial do direito se tornaram temas de ferrenhos debates.

Já a expressão “ativismo judicial” foi primeiramente mencionada em 1947, por Arthur Schlesinger Jr, historiador membro do Partido Democrata, em um artigo no qual buscava dissertar sobre a atuação da Suprema Corte Norte-Americana na época do New Deal. (TASSINARI, 2011)

Aceita-se que a primeira referência realizada à atuação da Suprema Corte Americana como sendo ativista teria ocorrido em 1947, quando a popular revista Fortune publicou o artigo “The Supreme Court: 1947”, em que Arthur Schlesinger, seu autor, analisou detidamente a atuação dos justices frente à Suprema Corte, distinguindo-os entre “ativistas” (activists) e “campeões da reatividade judicial” (champions of judicial restraint), os quais podem ser denominados “passivistas” (self-restrain), que caracterizam a “autocontenção judicial”. (DIAS, 2019, p. 04)

Na *modern era* da *judicial review*, que perdura até os dias atuais, assumiu-se abertamente que o constituinte não poderia prever todas as situações fáticas futuras, sendo necessário aos intérpretes da Constituição conferir a ela o significado que melhor atendesse aos anseios da sociedade moderna.

Dessa forma, Wolfe fala da criação de um poder "quase legislativo" pelos magistrados, os quais, não detentores de qualquer legitimidade democrática, passam a escolher a interpretação que melhor reflita suas próprias convicções e preferências, utilizando-se das lacunas constitucionais para impor sua visão de mundo e de justiça.

No plano nacional, a expressão é muitas vezes utilizada para caracterizar um fenômeno positivo, pois ao contrário do ocorrido nos Estados Unidos, aqui a postura ativista encontra certa legitimidade constitucional, uma vez que muitos doutrinadores identificam o ativismo como sendo bom para a democracia, opondo-se à inércia do Judiciário e mostrando-se uma das principais formas de se assegurarem os direitos fundamentais propostos originalmente na Constituição, através de decisões fundamentadas em princípios constitucionais. (TEIXEIRA, 2012)

No cenário atual, percebe-se o ativismo judicial como uma atuação mais proativa do Poder Judiciário, adentrando nas competências dos demais poderes, a fim de se garantirem os dogmas constitucionais. Nas palavras de Elival da Silva Ramos, o ativismo pode ser conceituado como:

[...] 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.255)

Ainda, segundo o autor, a caracterização do ativismo judicial não implica uma indevida invasão apenas na esfera legislativa, mas também na da Administração Pública. Assim, o ativismo surge a partir de “uma incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes” (RAMOS, 2010)

Para Vânia Aieta (2017), o ativismo seria o exercício da função jurisdicional fora dos limites definidos pelo ordenamento, o qual incumbe o Poder Judiciário de atuar na solução de conflitos marcados pela subjetividade (conflito de interesses) e de controvérsias de natureza objetiva (conflitos normativos).

Doutrinariamente, ainda existem controvérsias em relação à classificação do ativismo judicial. Parte da doutrina o classifica como ativismo positivo e ativismo nocivo. O primeiro seria aquele que, seguindo a racionalidade jurídica, seria utilizado para assegurar os direitos fundamentais e garantir a supremacia da Constituição, em

uma acepção positiva. Já o segundo seria uma atividade perniciosa para o regime democrático.

Luís Flávio Gomes (2009, p. 2) classifica-o como sendo inovador e revelador:

É preciso distinguir duas espécies de ativismo judicial: há o ativismo judicial inovador (criação, *ex novo*, pelo juiz de uma norma, de um direito) e há o ativismo judicial revelador (criação pelo juiz de uma norma, de uma regra ou de um direito, a partir dos valores e princípios constitucionais ou a partir de uma regra lacunosa, como é o caso do art. 71 do CP, que cuida do crime continuado). Neste último caso o juiz chega a inovar o ordenamento jurídico, mas não no sentido de criar uma norma nova, sim, no sentido de complementar o entendimento de um princípio ou de um valor constitucional ou de uma regra lacunosa. (GOMES, 2009, p.2)

Já para Luís Machado Cunha, apoiado por William Marshall, há quatro classificações possíveis para o ativismo judicial, conforme suas características:

A. Ativismo contra majoritário – relutância dos tribunais em aceitar as decisões dos poderes democraticamente eleitos; fortalecimento da jurisdição constitucional; poder judiciário como legislador negativo; B. Ativismo jurisdicional – ampliação dos limites jurisdicionais do poder judiciário; correção, modificação ou complementação de leis e atos administrativos; C. Ativismo criativo – utilização da hermenêutica como forma de novos direitos ou afirmação jurídica de direitos morais; hermenêutica concretista e princípio da proibição da proteção insuficiente (Konrad Hesse); fundamentação em conceitos do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo e por fim; D. Ativismo remedial – imposição pelo Poder Judiciário de obrigações positivas aos poderes eleitos; determinação de políticas públicas, criação ou remodelação de órgãos, regulamentações legais etc. (MARSHALL; CUNHA, Luís Machado *apud* ALMEIDA, 2011, p. 01).

Em se tratando de ativismo, o mais importante é perceber a maneira e a razão pela qual este é realizado. Uma decisão ativista, inevitavelmente, suplanta a lei e a própria Constituição, representando uma atuação insidiosa do Poder Judiciário em relação aos demais poderes, em especial ao Legislativo.

Para Elival da Silva Ramos, “o problema do ativismo judicial envolve, pelo menos, três questões: o exercício do controle de constitucionalidade, a existência de omissões legislativas e o caráter de vagueza e ambiguidade do direito.”

Nesse sentido, o autor Georges Abboud, crítico ferrenho do ativismo, explica que podemos separar suas manifestações em duas dimensões: (macro) estrutural e (micro) decisória.

Na dimensão decisória (micro) o ativismo consiste na suspensão da legalidade (CF + lei) como critério decisório por um critério voluntarista que pode ser puramente ideológico, econômico, moral, religioso etc. Ou seja, por meio dele, no Brasil, os pré-compromissos democráticos (Constituição e leis) são suspensos pelo julgador e substituídos por sua

subjetividade/discricionariedade. Nessa dimensão, o julgador adquire uma faceta messiânica como intérprete do futuro da sociedade, o escolhido (vanguarda iluminista) para guiar a sociedade na direção do caminho correto. Já na dimensão macro ou estrutural do ativismo, o que ocorre é a caracterização do fenômeno da juristocracia ou da própria Supremacia Judicial. Em linhas gerais, na dimensão macro, o ativismo se caracteriza por um agigantamento do Judiciário face aos demais poderes, sem respaldo constitucional para tanto (destaques no original). (ABBOUD, 2018, P.1177)

Não se pode, entretanto, confundir ativismo judicial com a judicialização da política, apresentada no tópico anterior. Lenio Streck (2014), em relação a essa diferença conceitual, explica que judicializar a política não é o mesmo que praticar ativismos. Para o autor, a judicialização não é um mal em si, é contingencial e ocorre na maioria das democracias. O problema é o ativismo:

Enquanto a judicialização é um problema de (in)competência para prática de determinado ato (políticas públicas, por exemplo), o ativismo é um problema de comportamento, em que o juiz substitui os juízos políticos e morais pelos seus, a partir de sua subjetividade (chamo a isso de decisões solipsistas) (STRECK, 2011, sp).

Ainda segundo o autor, um juiz pratica ativismo sempre que, relegando o jurídico a um segundo plano, decide com base em suas predisposições políticas, econômicas, religiosas ou conforme suas próprias convicções. (STRECK, 2013. página 5 do artigo)

Para Luís Roberto Barroso, enquanto a judicialização nasceu do modelo constitucional que se adotou, não representando efetivamente uma escolha, o ativismo requer uma escolha do magistrado que, na hora de interpretar as normas constitucionais, as emprega com maior alcance e amplitude:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A ideia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais. (BARROSO, 2009, p.3)

Obviamente, ao contrário do defendido na *traditional era* norte-americana, a

Constituição não possui um sentido único e pré-definido, sendo papel do intérprete somente aplicá-la ao caso concreto. Como já foi visto, as visões pós-positivistas e o Neoconstitucionalismo trouxeram outro significado às normas constitucionais, e toda e qualquer interpretação deve levar em conta, além do texto, a realidade.

Entretanto, dentro de um Estado Democrático de Direito, até que ponto a discricionariedade, as convicções pessoais e o juízo de conveniência do juiz podem influenciar na interpretação do texto constitucional (ou mesmo das leis) no momento da estruturação normativa?

Por certo, quando se fala em ativismo, obrigatoriamente há extrapolação da função judicante, porém, pode a subjetividade daqueles que decidem livremente determinar o sentido e aplicação das leis, utilizando-se de argumentos ideológicos em detrimento de argumentos jurídicos?

Pode-se perceber, por intermédio das indagações acima, que o ativismo não está limitado às cortes superiores ou à interpretação do texto constitucional. Qualquer juiz, em qualquer instância, ao fundamentar sua decisão em convicções pessoais, praticaria uma postura ativista. Porém, o foco do presente trabalho é o ativismo judicial praticado pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade.

Nesse sentido, a própria Suprema Corte brasileira já se posicionou acerca dos limites que deve possuir o controle de constitucionalidade para que este não invada as competências dos demais poderes:

O STF como legislador negativo: A ação direta de inconstitucionalidade não pode ser utilizada com o objetivo de transformar o STF, indevidamente, em legislador positivo, eis que o poder de inovar o sistema normativo, em caráter inaugural, constitui função típica da instituição parlamentar. Não se revela lícito pretender, em sede de controle normativo abstrato, que o STF, a partir da supressão seletiva de fragmentos do discurso normativo inscrito no ato estatal impugnado, proceda à virtual criação de outra regra legal, substancialmente divorciada do conteúdo material que lhe deu o próprio legislador. (ADI 1.063/MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 18/5/1994, Plenário, DJ de 27/4/2001) (BRASIL, 2011, p.1244).

Como exemplos de práticas consideradas ativistas: o emprego concreto do Texto Constitucional mesmo nos casos que este não o previu; o controle de constitucionalidade por meio da declaração de inconstitucionalidade de normas infraconstitucionais, porém nem sempre se baseando no parâmetro de violação da Constituição; e a estipulação de renúncias e práticas ao Poder Público em geral, no que se refere às políticas públicas (BARROSO, 2005).

Os fenômenos estudados no capítulo anterior também estão intimamente

relacionados ao ativismo judicial, pois é através de decisões ativistas que se podem perceber a abstrativização do controle concreto de constitucionalidade e a transcendência dos motivos determinantes da decisão.

A nova concepção dada ao controle concreto, que atribui a este a eficácia *erga omnes* e vinculante, reconhecendo a mutação constitucional no artigo 52, inciso X, da Constituição Federal e ressignificando o papel do Senado Federal, por exemplo, mostra como a abstrativização se congrega ao ativismo.

Além das tendências já retratadas, portanto, a mutação constitucional, que ocorre quando há alteração informal do texto constitucional, alterando-se apenas o sentido da norma, mas mantendo seu texto formal e não usando-se, assim, do procedimento imposto às Emendas Constitucionais, também é uma das grandes aliadas da postura ativista, pois é usada pelo STF como técnica para reinterpretação dos dispositivos constitucionais.

Como já foi visto, tais fenômenos têm como consequência o fortalecimento de maneira arbitrária do Supremo, pois contribuem para o próprio ativismo e, assim como ele, são alvos de ferrenhas discussões, como ver-se-á a seguir.

3.2 OS DOIS LADOS DO ATIVISMO JUDICIAL: PROBLEMÁTICA ATUAL E ANÁLISE DE CASOS

Após a apresentação do fenômeno e a identificação de suas principais causas, cabe aqui relacionar possíveis pontos favoráveis e contrários ao ativismo judicial para, posteriormente, através da análise de casos, estudar-se os dois lados do ativismo judicial praticado pelo Supremo Tribunal Federal.

3.2.1 Posições Favoráveis

A doutrina favorável aponta a grande vantagem do ativismo judicial como o fato de toda e qualquer demanda ser decidida pelo Judiciário, mesmo em caso de inércia do Poder Legislativo. Dessa forma, a tutela jurisdicional alcançaria a todos, a despeito de os políticos eleitos não atuarem de maneira suficiente para sanar os anseios da sociedade, que está em permanente evolução.

Assim, para se alcançar a igualdade social e garantir o mínimo existencial e a

dignidade da pessoa humana, o Judiciário deve, necessariamente, possuir um papel ativo, tanto cobrando o Legislativo quanto corrigindo suas omissões e retardamentos.

Em discurso proferido na Suprema Corte, em 29/04/2009, o Ministro Celso de Melo, em nome do Supremo Tribunal Federal, pronunciou o seguinte, acerca do ativismo judicial, destacando que aquele Tribunal não pode ser passivo diante de injustiças ou omissões:

Nem se censure eventual ativismo judicial exercido por esta Suprema Corte, especialmente porque, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito, inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos. Na realidade, o Supremo Tribunal Federal, ao suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivem restaurar a Constituição violada pela inércia dos poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir a sua missão constitucional e demonstrar, com esse gesto, o respeito incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República. Práticas de ativismo judicial, Senhor Presidente, embora moderadamente desempenhadas por esta Corte em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade. A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental. (MELLO, 2009, p.02)

Assim, como forma de suprir omissões e retardamentos legislativos, desde que respeitando os limites constitucionais, a judicialização e o próprio ativismo judicial seriam os meios necessários para se atingir o fim de garantir os direitos expressos na própria Constituição.

Afinal, o Judiciário, como já foi visto, não pode se omitir de julgar, nem fundamentar sua decisão na ausência da lei que regule a questão suscitada. Portanto, de forma inevitável, as decisões tidas como ativistas existem.

Em relação à separação dos Poderes, os defensores do ativismo explanam que a estrutura das funções do poder foi transformada consideravelmente, e o princípio em si foi flexibilizado, como será visto no tópico seguinte. É o que demonstra André Ramos Tavares (2009, p.1027):

Modernamente têm sido propostas novas classificações das funções do Estado, com bases mais científicas e tendo em vista a realidade histórica em que cada Estado se encontra. A realidade já se incumbe de desmistificar a necessidade de poderes totalmente independentes, quanto mais numa distribuição tripartite. Ademais, a tese da absoluta separação entre os poderes os tornaria perniciosos e arbitrários.

Assim, segundo esses autores, frente ao descaso notório dos legisladores brasileiros revelado na falta de implantação de medidas que garantam os direitos do povo, aliado à má gestão por parte do Executivo, não resta outra alternativa ao Poder Judiciário a não ser dar aplicabilidade, através da hermenêutica, ao direito positivo, resgatando os direitos fundamentais.

Para Airton Ribeiro da Silva e Fabrício Pinto Weiblen, uma vez não aplicados os direitos fundamentais pelos então legitimados a desempenhá-los, não resta opção ao Poder Judiciário a não ser obrigar a sua implantação, pois as normas já estão arroladas na Carta Política. O que se faz, efetivamente, é a concretização daqueles direitos.

Em relação à questão principiológica, como já foi visto, a partir do Neoconstitucionalismo, os princípios já não mais são vistos como regras gerais e abstratas, mas passaram a ter status de norma constitucional, denotando todos os valores necessários de acordo com a Constituição. Assim, a postura ativista nada mais seria que uma maneira de se concretizar, através da hermenêutica jurídica expansiva, o verdadeiro valor normativo constitucional, garantindo o direito e atendendo à necessidade oriunda da lentidão ou omissão legislativa.

Ainda, rebatendo-se a crítica da falta de legitimidade dos membros do Poder Judiciário para tomar decisões ativistas, demonstra-se que tal legitimidade decorre do próprio texto constitucional, sendo os magistrados verdadeiros promoventes da democracia

Geórgia Lage Pereira Carmona, citando os ensinamentos de Luiz Roberto Barros, assevera que:

A legitimidade possui duas justificativas: uma de natureza normativa e outra filosófica. O fundamento normativo deriva, do fato de que a Constituição brasileira confere expressamente esse poder ao Judiciário e, em especial, ao Supremo Tribunal Federal. A justificativa filosófica consiste no fato de que a Constituição realiza dois papéis: estabelecer as regras do jogo democrático e proteger valores e direitos fundamentais. (CARMONA, 2012, sp)

Os defensores ainda argumentam que esta é a maneira de se garantir, por exemplo, a aplicação dos direitos das minorias, pois dificilmente o Congresso ou as

Assembleias Legislativas dos Estados interessar-se-iam em debater assuntos polêmicos e divergentes, frente ao risco de serem rechaçados pelo seu próprio eleitorado. É o caso dos direitos LGBTs.

Nesse sentido, o Ministro Luiz Roberto Barroso explica a função do ativismo judicial:

A Constituição deve desempenhar dois grandes papéis. Um deles é assegurar as regras do jogo democrático, propiciando a participação política ampla e o governo da maioria. Mas a democracia não se resume ao princípio majoritário. Se houver oito católicos e dois muçulmanos em uma sala, não poderá o primeiro grupo deliberar jogar o segundo pela janela! pelo simples fato de estar em maior número. Aí está o segundo grande papel de uma Constituição: proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos. Ativismo e contenção judicial desenvolvem uma trajetória pendular nos diferentes países democráticos. Há situações em que o processo político majoritário fica emperrado pela obstrução de forças políticas minoritárias, mas influentes, ou por vicissitudes históricas da tramitação legislativa. De outras vezes, direitos fundamentais de um grupo politicamente menos expressivo podem ser sufocados. Nesses cenários, somente o Judiciário e, mais especificamente, o tribunal constitucional pode fazer avançar o processo político e social, ao menos com a urgência esperável.

Dessa forma, o ativismo seria o meio pelo qual se poderia conferir direitos aos que não os veriam concretizados caso se aplicasse a política convencional, onde ocorre, inegavelmente, descaso com o interesse público e ignorância das necessidades das minorias.

Ora, os princípios constitucionais devem alcançar igualmente toda a população, e nada mais justo que a efetivação, pelo magistrado, dessa proteção fundamental.

Assim, a despeito das críticas, o ativismo mostra-se hábil a garantir os ensejos da população de forma eficiente, em face da perda da atuação política no cenário atual, desde que respeitados os limites fixados no ordenamento jurídico-constitucional, até as políticas públicas se mostrarem aptas a dar efetividade, por si só, aos ditos direitos considerados fundamentais.

3.2.2 Posições contrárias

Ao contrário do apresentado acima, uma grande parte da doutrina critica o ativismo judicial, não havendo para esses doutrinadores, inclusive, que se falar em divisão entre ativismo positivo e nocivo, pois toda e qualquer forma de ativismo é tida

como negativa.

A maioria da doutrina aponta o principal problema do ativismo como a linha tênue entre a atividade interpretativa e a criativa do julgador-intérprete. Como visto nos tópicos anteriores, a influência dos elementos volitivos – como valores e convicções ideológicas – dos próprios julgadores na estruturação normativa possui um limite que, se ultrapassado, fere o regime jurídico e a própria democracia.

Essa é a tese defendida por doutrinadores como Georges Abboud e Streck, que apontam o ativismo como um problema eminentemente hermenêutico, relacionado à invasão de elementos meta-jurídicos no processo interpretativo-decisório (Streck, 2011, pg. 598)

Georges Abboud ensina que é impossível caracterizar uma decisão judicial que utiliza efeito aditivo, que implementa política pública ou, ainda, que anula ato administrativo, como ativista, pois a questão do ativismo é relacionada, precipuamente, à forma como se interpreta e aplica o direito (ABBOUD, 2018).

Os autores sustentam que o ativismo se manifesta por meio de enunciados performáticos, principalmente nas decisões do STF, e representa um abandono do direito na formação da decisão judicial, pois o juiz ativista substitui o direito por política, ideologia, religião, opinião pública etc.

Nesse sentido, Abboud afirma que os méritos da lide sequer são analisados, os termos performáticos, que geralmente indicam conceitos vagos e semanticamente indeterminados, são utilizados como subterfúgios para fundamentar a decisão a fim de legitimar a não aplicação da regra legal/constitucional à decisão (2018, p. 1183):

Os termos frequentemente utilizados com função performática são interesse público, conveniência e oportunidade, livre convencimento motivado, proporcionalidade, vontade da lei, princípio republicano e justiça. Em regra, esses conceitos são usados para conferir verniz normativo a decisões ativistas. Julga-se de acordo com a subjetividade do intérprete e, para mascarar esse voluntarismo, os enunciados performáticos são lançados como elemento de suposta normatividade ao decisum [...] Qualquer performático dá azo à decisões ativistas, entretanto existem dois argumentos cariz performático que, em especial, são frequentemente utilizados para legitimar todo tipo de ativismo: a) há um deficit do Legislativo, logo o Judiciário dee agir, b) o Judiciário mão age de ofício, logo, uma vez provocado, ele deve dar sua resposta.

É fato que a Constituição autoriza a atuação do Judiciário em razão da ausência de legislação, através do mandado de injunção e da ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão. Porém, com exceção desses casos restritos, os quais possuem o chamado efeito aditivo, o Judiciário não possui o condão de agir por

simples déficit legislativo.

Por outro lado, afirmar que o princípio da inafastabilidade da jurisdição justifica a subjetividade do intérprete em desfavor do direito posto, utilizando-se da “justiça” como enunciado performático, seria uma decisão antidemocrática, pois o “imperativo moral” de agir o Judiciário em face da inércia dos determinados poderes, tanto defendido pelos autores favoráveis a posturas ativistas, não encontra embasamento legal e muito menos constitucional. (Abboud, 2018)

Também contrário ao fenômeno, Sarmento (2007) evidencia a negligência por parte dos juízes relativa ao dever de fundamentação das decisões:

E a outra face da moeda é o lado do decisionismo e do "oba-oba". Acontece que muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de através deles, buscarem a justiça – ou que entendem por justiça -, passaram a negligenciar no seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta "euforia" com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras "varinhas de condão": com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser. Esta prática é profundamente danosa a valores extremamente caros ao Estado Democrático de Direito. Ela é prejudicial à democracia, porque permite que juízes não eleitos imponham a suas preferências e valores aos jurisdicionados, muitas vezes passando por cima de deliberações do legislador. Ela compromete a separação dos poderes, porque dilui a fronteira entre as funções judiciais e legislativas. E ela atenta contra a segurança jurídica, porque torna o direito muito menos previsível, fazendo-o dependente das idiosincrasias do juiz de plantão, e prejudicando com isso a capacidade do cidadão de planejar a própria vida com antecedência, de acordo com o conhecimento prévio do ordenamento jurídico.

Da mesma forma que o Judiciário deve decidir o mérito de questões não abrangidas por lei, ele também deve ser solícito diante das situações em que há uma lei que regulamente a questão em lide, devendo declarar a inconstitucionalidade somente quando ela realmente ocorrer, e não se aproveitar de dogmáticas principiológicas para dar a sensação de razoabilidade em suas decisões.

Contra-argumentando os defensores das posturas ativistas, através das quais se pode “fazer justiça”, por intermédio do poder jurisdicional, a doutrina contrária traz à tona um importante questionamento: em sociedades plurais, como a brasileira, confiar nas predisposições subjetivas dos julgadores, que não representam a população de maneira democrática, seria apostar de forma demasiada na discricionariedade dos magistrados no momento da interpretação da lei.

Ao mesmo tempo em que um juiz é independente em suas decisões, sendo

este um dos atributos da democracia, deixar de fora o debate político e restringir a uns poucos julgadores - não eleitos pelo povo democraticamente - a função de dizer o que é ou não direito seria uma afronta ao princípio da separação dos poderes e à própria Constituição.

Para Ronald Dworkin, o ativismo judicial prejudica a própria noção de subjetivismo jurídico, implicando intervenção nos demais poderes e destruindo os longos períodos de batalha democrática e respeito à Constituição (SARMENTO, 2007):

“O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima”

Assim, percebe-se a dura crítica por parte da doutrina desfavorável, que se pauta, principalmente, na linha tênue entre a atividade interpretativa e a criativa dos magistrados/intérpretes ao fundamentar suas decisões. O ativismo judicial se mostra, portanto, como uma questão essencialmente hermenêutica.

3.2.3 A União Estável Homoafetiva

Sendo um dos maiores exemplos do ativismo judicial brasileiro, o reconhecimento da união estável homoafetiva, que não era previsto nem pela lei e nem pela Constituição, mas fazia parte da realidade de milhares de brasileiros, foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal em maio de 2011, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República, e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, ajuizada pelo então Governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral.

Em decisão histórica – e claramente ativista – o STF reconheceu a união estável entre casais do mesmo sexo, conforme ementa do julgado abaixo:

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos

fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de promover o bem de todos. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana norma geral negativa, segundo a qual o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana: direito a autoestima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. [...] 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEM RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE ENTIDADE FAMILIAR E FAMÍLIA. [...] 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA INTERPRETAÇÃO CONFORME). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de interpretação conforme à Constituição. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. (STF - ADPF: 132 RJ, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 05/05/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-01 PP-00001)

Ambas as ações buscavam o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, e que os direitos e deveres dos companheiros nas uniões heteroafetivas fossem estendidas às uniões homoafetivas. Como justificativa, utilizaram-se os preceitos fundamentais de igualdade e liberdade e o princípio da dignidade da pessoa humana, em face da omissão legislativa sobre o tema.

Mais especificamente, o objeto da ADPF 132/RJ era contestar o Decreto-Lei

220/1975, alegando que não reconhecer a união estável para casais do mesmo sexo ia contra princípios constitucionais, tais como igualdade, dignidade da pessoa humana e liberdade. Sendo assim, pedia-se que o STF decidisse pela aplicação do regime jurídico das uniões estáveis (art. 1.723 do Código Civil) às uniões homoafetivas de funcionários públicos civis do Estado do Rio de Janeiro.

Já em relação à ADI 4277/DF, o objeto contestado era o próprio artigo 1.723 do Código Civil de 2002 e sua interpretação restritiva, ao referir-se apenas a homem e mulher: “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.”

Então, ao julgar a matéria, o relator das ações, ministro Ayres Britto, acompanhado pelos ministros Ricardo Lewandowski, Celso de Mello, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Cezar Peluso, Luiz Fux e Ellen Gracie decidiram por dar interpretação conforme a Constituição Federal, excluindo toda interpretação, ao artigo em questão, que venha impedir o reconhecimento da união homoafetiva enquanto entidade familiar, como se pode extrair da ementa acima.

Dentre os argumentos utilizados em prol da causa, a máxima jurídica “o que não está juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido” destacou-se, o que gerou controvérsia na doutrina, principalmente aquela que critica o ativismo judicial.

Nesse sentido, Lênio Streck:

Ainda, dizer que “o que não está proibido, está permitido” é um sofisma, pela simples razão de que é um argumento que vai ao infinito. Posso listar aqui um conjunto de coisas que não estão proibidas na Constituição e nem por isso passarão a ser permitidas. No fundo, trata-se de uma questão de imaginário. (STRECK, 2011, sp).

Observa-se, aqui, um claro exemplo do ativismo agindo com o fim de garantir às minorias o debate pelos seus direitos que não seriam, de outro modo, levados à discussão com facilidade. Portanto, diante da falta de representatividade no Congresso Nacional, caberia ao Supremo, na tarefa de defensor do Estado Democrático de Direito, a tutela dos direitos dos grupos tradicionalmente desprezados.

Sobre o tema, no julgamento das referidas ações, o Ministro Celso de Melo

destacou que:

O Poder Legislativo, certamente influenciado por valores e sentimentos prevaletentes na sociedade brasileira, tem se mostrado infenso, no que se refere à qualificação da união estável homoafetiva como entidade familiar, à necessidade de adequação do ordenamento nacional a essa realidade emergente das práticas e costumes sociais. [...] Com efeito, a necessidade de assegurar-se, em nosso sistema jurídico, proteção às minorias e aos grupos vulneráveis qualifica-se, na verdade, como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito, havendo merecido tutela efetiva, por parte desta Suprema Corte, quando grupos majoritários, por exemplo, atuando no âmbito do Congresso Nacional, ensaiaram medidas arbitrárias destinadas a frustrar o exercício, por organizações minoritárias, de direitos assegurados pela ordem constitucional [...] Em uma palavra: ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, aos princípios superiores consagrados pela Constituição da República. (MS 24.831/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO – MS 24.849/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO – MS 26.441/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

Assim, como um meio de prova de que a postura ativista nem sempre é maléfica, sendo muitas vezes a única forma de garantir a aplicação dos próprios princípios constitucionais, tal decisão entrou para a história da discussão acerca do ativismo judicial.

Apesar disso, mesmo sendo uma maneira de se sanar a discriminação, o modo de agir da Suprema Corte, ao validar a união dos casais homoafetivos, não escapou das críticas.

A despeito de possuir um motivo nobre, não cabe ao STF usurpar a competência dos demais poderes. A matéria deveria ter seu entendimento alterado pelo procedimento estabelecido pela Constituição, via emenda constitucional, e não por interpretação daquele tribunal.

Lênio Streck argumenta que a solução para esse conflito não cabe de forma alguma ao Judiciário, sendo competência do Parlamento, enquanto representante do povo, resolvê-lo:

Não deixa de ser instigante o fato de se mencionar o princípio da *segurança jurídica* como argumento autorizador da medida ajuizada pela Procuradoria Geral da República, uma vez que a procedência da ação poderia gerar uma instabilidade institucional pela fissura provocada no texto da Constituição através de um protagonismo da Corte Constitucional. Afinal, qual é o limite da jurisdição constitucional? Se nem uma mínima entificação (semanticidade) funciona como limite, o que impede de o STF alterar “qualquer preceito constitucional”? Em outras palavras, a (in)segurança jurídica mostra-se ofendida, não por deixar sem regulamentação legal a convivência entre pessoas do mesmo sexo, mas, sim, no momento em que a Corte altera, a pretexto de um “esquecimento do constituinte” (sic) ou de uma “descoberta valorativa” (sic), ou, ainda, do saneamento (incorreto) de uma

“inconstitucionalidade da própria Constituição” (sic), o texto da Constituição como se Poder constituinte fosse, gerando um tipo de *mal-estar institucional gravíssimo*. (STRECK, 2009, P.80)

Vê-se, dessa maneira, que apesar das justificativas apresentadas, aos olhos da crítica a decisão não passa de uma aberração, pois tal protagonismo exacerbado da jurisdição constitucional, usurpando o papel legislador e, de forma ainda mais grave, do Poder Constituinte, gera enorme insegurança jurídica.

3.2.4 A Lei dos Crimes Hediondos

Outro claro exemplo de ativismo pôde ser observado na declaração de inconstitucionalidade da vedação à progressão do regime da pena para os crimes hediondos.

O legislador constituinte previu, em seu artigo 5º, inciso XLII, um tratamento legal diferente a um específico grupo de crimes tidos como gravosos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

Tal norma está disposta no título dos direitos e garantias fundamentais, devido a sua enorme relevância, sendo, inclusive, por essa razão, uma cláusula pétrea, não podendo ser retirada por emenda constitucional.

Ocorre que, em 1990, editou-se a Lei 8.072/90, que seguindo a tendência de punir mais severamente os crimes que provocavam maior repulsa social, dispunha em seu artigo 2º, parágrafo primeiro (§ 1º), que as penas dos crimes hediondos seriam cumpridas integralmente em regime fechado, obstando, por conseguinte, o instituto constitucional da progressão de regime.

Assim, iniciou-se ferrenha discussão em relação à inconstitucionalidade de tal dispositivo, alegando a violação ao princípio constitucional da individualização da pena, previsto no artigo 5º, XLVI, CF, aliada ao fato de impedir a ressocialização do preso.

Portanto, por meio do Habeas Corpus (HC) 82.959-7/SP, cujo impetrante e paciente era o pastor evangélico Oséias de Campos, condenado pelo crime de atentado violento ao pudor, o Supremo Tribunal Federal, em fevereiro de 2006, votou pela inconstitucionalidade do referido dispositivo legal, seguindo o entendimento de que cabia ao Juiz da execução penal examinar os pedidos de progressão, ponderando o comportamento do encarcerado.

A partir de então, passou-se a aplicar o artigo 112 da Lei de Execução Penal, nos termos da Súmula 471 do Superior Tribunal de Justiça: “Os condenados por crimes hediondos ou assemelhados cometidos antes da vigência da Lei n. 11.464/2007 sujeitam-se ao disposto no artigo 112 da Lei 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) para a progressão de regime prisional”.

Ocorre que tal declaração de inconstitucionalidade foi realizada de maneira incidental, não podendo, como já foi visto, possuir efeito vinculante e eficácia *erga omnes*.

Nesse sentido, esclarece Alberto Silva Franco:

Alguns tribunais inferiores e inúmeros juízes não atenderam ao comando provindo do Supremo Tribunal Federal, sob alegação de que a declaração de inconstitucionalidade não teria efeito *erga omnes*, mas resultara de mero controle difuso de constitucionalidade, e nessa situação, a declaração de inconstitucionalidade somente teria validade entre as partes do processo submetido a julgamento. Ademais, seria imprescindível que o dispositivo legal inquinado de inconstitucional fosse suspenso pelo Senado Federal, nos termos do inciso X do art. 52 da Constituição Federal. (FRANCO, 2007, P.228-229)

Com o escopo de sanar tal inconstitucionalidade, o Congresso Nacional, em março de 2007, editou a lei 11.464/07, que dispunha sobre os novos prazos para a permissão da progressão de regime e sobre o regime inicial no cumprimento da pena.

Em resposta direta, o Supremo, sepultando qualquer entendimento contrário e submetendo todo o Judiciário à sua interpretação, decidiu, em 2009, por redigir a súmula vinculante 26:

Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a

inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.

Nesse sentido, leciona Lopes Monteiro:

Cuidando-se de súmula vinculante, não dá mais para defender posições outras que não aquela de que o “famoso” HC, tão comentado, assumiu função de lei para efeitos do art. 2º, parágrafo único, do Código Penal. Isso significa que, para os crimes praticados depois do dia 29 de março de 2007, data em que a Lei n. 11.464/2007 entrou em vigor, a progressão somente poderá verificar-se após o cumprimento dos novos prazos, de 2/5 e 3/5. Mas, para os que cometeram crime hediondo ou equiparado antes dessa data, vale a regra geral de 1/6, prevista no art. 112 da Lei de Execuções Penais (LEP). (MONTEIRO, 2008, P.2012)

Novamente, em junho de 2012, quando do julgamento do HC 111.840/ES, o Plenário do STF entendeu que o parágrafo 1º do artigo 2º da Lei 8.072/90, com redação dada pela Lei 11.464/07, era contrário aos princípios constitucionais, declarando incidentalmente sua inconstitucionalidade.

A tese alegada foi a mesma, qual seja, a da violação do princípio da individualização da pena, já que a obrigatoriedade do regime inicial fechado impossibilita o Juiz da Execução Penal de analisar as especificidades do caso concreto. Sendo assim, para a fixação do regime inicial, deverá obrigatoriamente ser levando em consideração o artigo 33 do Código Penal, mesmo para os crimes hediondos e equiparados.

Do mesmo modo, a declaração de inconstitucionalidade deu-se por via incidental. Assim, para sedimentar a jurisprudência dominante, o Supremo Tribunal Federal, em novembro do ano de 2017, no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.052.700, de relatoria do Ministro Edson Fachin reconheceu a repercussão geral do caso, fixando a seguinte tese: “É inconstitucional a fixação *ex lege*, com base no art. 2º, §1º, da Lei 8.072/90, do regime inicial fechado, devendo o julgador, quando da condenação, ater-se aos parâmetros previstos no art. 33 do CP”.

Percebe-se, portanto, que de forma claramente ativista, o STF desconfigurou, por duas vezes, a Lei dos Crimes Hediondos, sobrepondo-se à vontade dos legisladores, que, em ambas as vezes, sucumbiram à interpretação da Suprema Corte, que assumiu para si a competência de legislar e, indo de encontro à determinação do legislador constituinte, praticamente equiparou o tratamento dado aos crimes hediondos com o dispensado aos crimes comuns.

Assim, apesar da vontade do legislador originário e dos membros eleitos pelo povo, a lei responsável pela matéria relativa aos crimes hediondos foi sendo modificada pelo STF com o passar dos anos, tornando-se mais branda e acabando por beneficiar autores de crimes tidos como os piores pela sociedade brasileira, ao argumento de respeito a princípios constitucionais.

3.2.5 A controvérsia relativa à execução da pena antes do trânsito em julgado

Outro exemplo de práticas ativistas dentro do STF é a discussão gerada em torno da possibilidade de se iniciar a execução da pena após a decisão de segunda instância, fato que gerou grande controvérsia jurisprudencial entre 2016 e 2019, quando finalmente a questão foi sedimentada.

Em fevereiro de 2016, quando do julgamento do Habeas Corpus (HC) 126.292, o Supremo entendeu ser possível a execução provisória da pena, alterando o entendimento contido no artigo 283 do Código de Processo Penal e gerando diversas discussões acerca do princípio constitucional da presunção da inocência.

Ocorre que, assim como no caso anterior, mesmo sem possuir eficácia vinculante, o acórdão proferido naquele julgamento levou diversos tribunais do país a adotar idêntico posicionamento, reproduzindo uma série de decisões que, ignorando o disposto no artigo 283 do CPP, determinavam o início da execução da pena após a decisão de segunda instância.

A questão foi sanada apenas em novembro de 2019, quando o STF julgou, por maioria apertada, as ADCs 43, 44 e 54, que foram propostas pelo Partido Nacional Ecológico (PEN), pelo Conselho Federal dos Advogados do Brasil (CFOAB) e pelo Partido Comunista do Brasil (PCdoB), e pediam a concessão da medida cautelar para suspender a execução antecipada da pena de todos os acórdãos prolatados em segunda instância.

O Ministro Edson Fachin abriu divergência em relação ao relator e votou pelo indeferimento da cautelar em ADC, afastando a interpretação do artigo 283 do CPP, segundo a qual a norma impediria o início da execução da pena quando esgotadas as instâncias originárias.

Com ele concordou o Ministro Barroso, que defendeu a legitimidade da execução provisória antes do trânsito em julgado, afirmando que assim seria possível

garantir a efetividade do direito penal, utilizando-se, segundo os críticos, de argumentos morais e consequentialistas.

À época, segundo o Conselho Nacional de Justiça, o Brasil possuía cerca de 5 mil presos por condenação em segunda instância, sendo que após o julgamento das ADCs, inúmeros foram os pedidos de expedição de alvará de soltura, como, por exemplo, o do ex-presidente Lula e do ex-governador de Minas Gerais, Eduardo Azeredo.

Nesse exemplo podemos perceber como as decisões ativistas podem abalar a segurança jurídica, deixando a sociedade à mercê do entendimento dos julgadores.

3.2.6 O Foro por Prerrogativa de Função

A questão da prerrogativa de foro, última a ser analisada no presente trabalho, também é dotada de ativismo, e foi tratada na Questão de Ordem da Ação Penal 937.

O Ministério Público Eleitoral do Rio de Janeiro denunciou, por compra de votos durante campanha para as eleições municipais de 2008, Marcos da Rocha Mendes. No momento que o delito fora cometido, o réu era candidato à prefeitura do Município. No entanto, quando do oferecimento da denúncia, já ocupava o cargo de Prefeito, fazendo jus ao intitulado foro por prerrogativa de função perante o TRE, ao qual sua denúncia foi endereçada.

O TRE-RJ recebeu a denúncia, porém, em razão do término do primeiro mandato do Prefeito, declinou sua competência para a primeira instância da Justiça Eleitoral, na qual a denúncia foi recebida novamente, em abril de 2014, e a ação foi regularmente processada, até a apresentação das alegações finais pelo Ministério Público e pela defesa.

Ocorre que, em fevereiro de 2015, o réu foi diplomado como Deputado Federal, pois era suplente de um dos eleitos que fora afastado, razão pela qual o juízo eleitoral declinou sua competência para o STF. Em 2016, afastou-se do cargo e o reassumiu até finalmente ser efetivado, por força da perda do mandato pelo titular (Eduardo Cunha).

Finalmente, ao término da instrução processual e inclusão do processo em pauta para julgamento, o réu foi novamente eleito Prefeito, renunciando ao seu mandato de Deputado em janeiro de 2017 para assumir a prefeitura.

Diante disso, o Min. Barroso afetou a Ação Penal 937 a julgamento pelo Plenário e suscitou a questão de ordem a fim de que o STF se pronunciasse sobre a possibilidade de interpretar restritivamente as disposições constitucionais que estabelecem as hipóteses de prerrogativa de função para limitá-las às acusações por crimes cometidos após a diplomação e em razão do cargo em comento, além de estabelecer-se um marco temporal para o “congelamento” da competência de processar e julgar as ações penais, a fim de se prorrogá-la independente da investidura ou afastamento do mandato eletivo.

Para tanto, embasou seus argumentos no direito comparado, alegando que no Brasil a prerrogativa de foro possui uma extensão sem precedentes, admitindo qualquer infração penal cometida, mesmo antes da investidura no cargo, o que é altamente disfuncional e gera consequências negativas, como a transformação do STF em um tribunal criminal de primeiro grau e a contribuição para um sistema de justiça criminal ineficiente, pois existe um grande número de declinações de competências que afetam de forma gravosa a condução do processo, gerando prescrição e impunidade.

O atual modelo de foro por prerrogativa de função acarreta duas consequências graves e indesejáveis para a justiça e para o Supremo Tribunal Federal. A primeira delas é a de afastar o Tribunal do seu verdadeiro papel, que é o de suprema corte, e não o de tribunal criminal de primeiro grau (...) Tribunais superiores, como o STF, foram concebidos para serem tribunais de teses jurídicas, e não para o julgamento de fatos e provas.

[...] A segunda consequência é a ineficiência do sistema de justiça criminal. O Supremo Tribunal Federal não tem sido capaz de julgar de maneira adequada e com a devida celeridade os casos abarcados pela prerrogativa. O foro especial, na sua extensão atual, contribui para o congestionamento dos tribunais e para tornar ainda mais morosa a tramitação dos processos e mais raros os julgamentos e as condenações. [...]

Todas essas circunstâncias afetam negativamente a condução do processo, gerando prescrição e impunidade. Não por outro motivo, desde que o STF começou a julgar efetivamente ações penais contra parlamentares já ocorreram mais de 200 casos de prescrição da pretensão punitiva em ações penais e inquéritos perante a Corte. (STF – AP 937 QO RJ, Relator: Min. Barroso, Data de Julgamento: 03/05/2018, p 7 e 8 do voto)

Dessa forma, o relator propôs, além da limitação do foro por prerrogativa de função aos crimes cometidos no exercício do mandato e em razão dele, a necessidade de estabelecer um marco temporal a partir do qual não se poderia mais deslocar a

competência em razão de investidura ou afastamento de cargo eletivo.

(...) A conexão do crime imputado com o exercício da função, embora não seja requisito expresso textualmente na Constituição, é requisito inerente à prerrogativa institucional, necessário para legitimar o regime especial. (...) Portanto, a interpretação restritiva proposta é a interpretação mais adequada da Constituição e está em linha com diversos precedentes do STF. [...]

Além da adoção da interpretação restritiva acima enunciada, esta Corte deve estabelecer um marco temporal a partir do qual a competência para processar e julgar ações penais – seja do STF ou de qualquer outro órgão jurisdicional – não mais seja afetada em razão de o agente público vir a ocupar cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo STF – AP 937 QO RJ, Relator: Min. Barroso, Data de Julgamento: 03/05/2018, p 18 do voto)

Assim, a partir do final da instrução processual, publicado o despacho de intimação para apresentação das alegações finais, não seria mais possível alterar-se a competência, a fim de preservar a efetividade e a racionalidade da prestação jurisdicional.

Os frequentes deslocamentos (o “sobe-e-desce” processual) são um dos maiores problemas da prerrogativa, capazes de embaraçar e retardar o processamento dos inquéritos e ações penais, com evidente prejuízo para a eficácia, a racionalidade e a credibilidade do sistema penal

[...] Por isso, proponho que a partir do final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, seja prorrogada a competência do juízo para julgar ações penais em todos os graus de jurisdição. Desse modo, mesmo que o agente público venha a ocupar outro cargo ou deixe o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo, isso não acarretará modificações de competência (p 19 do voto)

No caso em comento, o pleno do Supremo Tribunal Federal decidiu pela ineficiência da renúncia do réu, que deslocaria o processo, prestes a ser julgado, novamente à primeira instância, diante – nas palavras da ministra Carmen Lúcia – de uma “fraude processual inaceitável”.

Dessarte, foi superado o entendimento anterior, e as regras para fixação de competência em razão da função foram modificadas pelo Supremo Tribunal Federal, declarada a mutação constitucional para impor-se uma interpretação restritiva ao instituto.

Sintetizando bem o julgamento do Supremo Tribunal Federal, Fábio Roque e Klaus Negri referem que “a regra básica será a seguinte: somente tem foro por prerrogativa de função a pessoa que está ‘no exercício’ do respectivo cargo público e pratica a infração penal ‘em razão’ deste”. (ROQUE e NEGRI, 2019, p. 327)

Mais uma vez, a decisão fora proferida de forma incidental, sendo que a discussão doutrinária atual se refere à extensão de seus efeitos, pois ao ditar seu novo entendimento, o STF analisou o instituto do foro por prerrogativa de função de modo geral, determinando a mutação constitucional acerca da interpretação de suas regras.

Aliás, foi registrado na Ementa da AP 397 que “a decisão deve ser aplicada imediatamente aos processos em curso”, vejamos:

O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, resolveu questão de ordem no sentido de fixar as seguintes teses: “(i) O foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas; e (ii) Após o final da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação para apresentação de alegações finais, a competência para processar e julgar ações penais não será mais afetada em razão de o agente público vir a ocupar outro cargo ou deixar o cargo que ocupava, qualquer que seja o motivo”, **com o entendimento de que esta nova linha interpretativa deve se aplicar imediatamente aos processos em curso**, com a ressalva de todos os atos praticados e decisões proferidas pelo STF e pelos demais juízos com base na jurisprudência anterior (...) STF – AP 937 QO RJ, Relator: Min. Barroso, Data de Julgamento: 03/05/2018)

Na sequência, várias decisões no mesmo sentido foram tomadas pelo Superior Tribunal de Justiça, confirmando-se, mais uma vez, a tendência de abstração do controle concreto de constitucionalidade, através da mutação constitucional.

A decisão é claramente ativista, e a crítica que a circunda é no sentido de que, apesar de interessante e necessária, essa discussão seria cabível para promover uma emenda constitucional, contudo, segundo Abboud (2018), “usar esse embasamento para julgar contra a Constituição é a atuação cariz ativista que tanto denunciemos...”

A respeito dessa decisão, o autor ainda conclui:

Novamente trata-se de caso emblemático que denuncia a facilidade do STF em suplantar dispositivos constitucionais. A determinação e a amplitude do foro por prerrogativa de função foi estabelecida pela nossa Constituição. A sua alteração deve ser feita via emenda constitucional. Nunca poderia ser feita a partir de determinação do próprio Judiciário, sob pena do STF adquirir poder de emendar a Constituição. (ABBOUD, 2018)

Outrossim, os argumentos em grande parte são performáticos. Inexiste qualquer dado seguro para assegurar que a existência de prerrogativa de foro é causa de maior ineficiência das instâncias extraordinárias do que as instâncias ordinárias. Mudanças desse tipo em nossa engenharia constitucional somente podem ser operadas mediante emendas constitucionais. A atuação ativista do STF tem criado outra construção. Ao lado da Constituição de 1988, instituidora de nosso regime

democrático, tem se formado outra Constituição -paralela - criada a partir da jurisprudência do STF. Essa constituição paralela conflita em diversos aspectos com a Constituição de 1988 e sua existência caracteriza usurpação da democracia condicional do povo brasileiro. (ABBOUD, 2018, p 1200)

O Congresso Nacional já vem deliberando sobre a aprovação de emenda para modificar as disposições constitucionais a respeito do foro por prerrogativa de função. O Senado já aprovou, inclusive, a PEC 10/2013, que restringe a garantia aos chefes dos Poderes e ao Vice-Presidente da República.

No entanto, reconhece-se que, por questões de razoabilidade, não se excluindo os argumentos que a criticam, porém implementando-se a referida mutação constitucional no julgamento da Ação Penal 937, ainda que de forma incidental, a interpretação sobre o instituto mudou, passando a atingir todas as situações da espécie.

Nesse sentido, a crítica favorável, aqui representada por William Garcez, ensina:

Diante das regras que sustentam a hermenêutica jurídica, não pode haver exclusão discricionária da nova interpretação se, baseada no critério histórico-evolutivo, entendeu-se como razão de decidir que o modelo antigo levou à falência o sistema de justiça criminal, já que não expressava o melhor direito. (GARCEZ, 2019)

Isto posto, nesse derradeiro exemplo do ativismo atualmente praticado pela nossa Corte Superior, percebe-se que, apesar da inegável invasão, pelo Judiciário, na competência do legislador, esta se deu de forma a, mais uma vez, corrigir um modelo que se provou falho.

3.3 A NOVA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Como já foi visto, a partir do Neoconstitucionalismo, o princípio da separação dos poderes vem passando por uma resignificação. Inicialmente idealizado para descentralizar o poder, através do sistema de freios e contrapesos (checks and balances), o princípio foi considerado imprescindível para o desenvolvimento da democracia.

Atualmente, sua importância na teoria constitucional permanece. Porém, a partir dos fenômenos analisados no presente trabalho, principalmente o ativismo

judicial, e da inegável invasão de um poder na esfera do outro, passou-se a se falar em uma “nova separação dos poderes”.

Nesse sentido, apesar da competência constitucional do Judiciário de exercer o controle de constitucionalidade, sendo portanto completamente legal, os críticos mais ferrenhos do ativismo julgam tal possibilidade uma afronta direta à democracia e ao equilíbrio entre os poderes, pois sendo o Judiciário o único poder que não reflete a vontade popular, vez que seus representantes não são escolhidos mediante voto, os ideais populares não seriam corretamente estampados nas decisões dos juízes.

Nesse sentido, Streck:

O risco que exsurge desse tipo de ação é que uma intervenção desta monta do Poder Judiciário no seio da sociedade produz graves efeitos colaterais. Quer dizer: há problemas que simplesmente não podem ser resolvidos pela via de uma idéia errônea de ativismo judicial. O Judiciário não pode substituir o legislador. [...] Reafirmando o que já foi mencionado acima: não cabe ao Poder Judiciário "colmatar lacunas" (sic) do constituinte (nem originário e nem derivado). Ao permitir decisões desse jaez, estar-se-á incentivando a que o Judiciário "crie" uma Constituição "paralela" (uma verdadeira "Constituição do B"), estabelecendo, a partir da subjetividade dos juízes, aquilo que "indevidamente" – a critério do intérprete – não constou no pacto constituinte. O constituinte não resolveu? "Chame-se o Judiciário." Ou "criemos um princípio", que "valerá" mais do que a Constituição. Ora, é necessário ter coragem para dizer algumas coisas, mesmo que possam parecer "antipáticas" aos olhos da comunidade jurídica. [...] Há limites hermenêuticos para que o Judiciário se transforme em legislador [...]. (STRECK, 2009, p.81).

Não há dúvidas de que, com a discricionariedade típica do ativismo judicial, a sociedade passe a ter que conviver com maior insegurança jurídica advinda das decisões judiciais, pois como apresentado nos tópicos acima, a questão hermenêutica é o real problema das decisões ativistas.

Claro, em tempos de ativismo judicial desenfreado, instaura-se uma espécie de império da vontade. O ativismo deita suas raízes no utilitarismo supostamente moral e na vontade de poder de quem o pratica, algo muito perigoso ao regime democrático. A violação à Constituição é sempre uma ameaça à democracia. O senso comum costuma pensar a Democracia como um processo cujo fim é a sua conquista, ou como algo do qual a coletividade se apropria. Não é visto tal qual é: uma relação, sempre instável e sujeita a altos e baixos, a avanços e retrocessos, a continuidades ou rupturas. Nossa história mostra isso. A democracia precisa ser vista numa perspectiva histórica e de lutas políticas. (STRECK, TASSINARI e LEPPER, 2015, p. 59).

Dessa forma, algumas inovações jurídicas, principalmente por parte do Supremo Tribunal Federal, como as observadas no presente trabalho, geram uma crise de representatividade relativa ao Poder Legislativo. A postura desse Tribunal, que tem agido cada vez mais como um legislador positivo, principalmente nos casos

de omissões legislativas, ratifica o pensamento de Montesquieu (2000, p. 163), quando este afirma:

[...] todo homem que tem poder é levado a abusar dele. Vai até onde encontrar limites. Quem diria! A própria virtude precisa de limites. Para que não possam abusar do poder, pela disposição das coisas, o poder freie o poder.

A própria reinterpretação do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, já estudada no capítulo anterior, a fim de aproximar o controle abstrato do difuso, é palco para inúmeras discussões acerca da legitimidade do Supremo para efetuar tal mutação, ignorando o papel do Senado e praticando, mais uma vez, o ativismo judicial, em detrimento do equilíbrio entre os poderes.

Não obstante, o atual cenário é profundamente marcado pelo dualismo, sendo incabível, pois, a concepção de poderes estáticos, limitados às suas funções primárias. A obra de Bruce Ackerman, “A nova separação dos poderes”, é atualmente uma das mais importantes a tratar do tema, e sua análise, citada por Abboud (pg. 1136), pode ser resumida da seguinte maneira:

A engenharia constitucional, que preside a concepção de separação dos poderes, não pode ser pensada como uma máquina com engrenagens fixas e que, como o tempo, acabam por se tornar obsoletas. Ao contrário, esse arranjo político está sujeito a revisões periódicas que podem levar a transformações profundas no modo como cada elemento desse sistema se relaciona com os outros e como se estabelecem mecanismos de controle (ACKERMAN, apud ABBOUD)

Logo, apesar de cada poder possuir uma integridade que lhe é intrínseca e necessária para a boa governança, o controle e a limitação do próprio poder político seriam o verdadeiro núcleo do constitucionalismo. É por isso que, segundo a doutrina majoritária, a função da jurisdição constitucional seria, justamente, a limitação e o controle do poder estatal.

São justamente as necessidades sociais atuais que exigem dos Poderes uma maior colaboração, sendo que a tensão e a harmonia entre estes servem, primordialmente, para coibir abusos e fazer valer as disposições constitucionais.

[esse] princípio não configura mais aquela rigidez de outrora. A ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria da separação de poderes e novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativo e executivo e destes com o judiciário, tanto que atualmente se prefere falar em 'colaboração de poderes' [...]. A 'harmonia entre os poderes' verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito.

De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados. (SILVA, 2010, p. 89).

É por esse motivo que o Ministro Luis Roberto Barroso (2011) ensina que o papel do Judiciário brasileiro vem ganhando nova ressignificação à medida que deixa de ser um departamento puramente técnico e passa a desempenhar também um papel político conjuntamente com o Legislativo e o Executivo, lutando pela efetividade dos direitos e das garantias fundamentais sem, todavia, se desvirtuar de suas atribuições.

O Poder Judiciário, quando intervém para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República. O regular exercício da função jurisdicional, por isso mesmo, desde que pautado pelo respeito à Constituição, não transgride o princípio da separação de poderes. (MS 23.452, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 16-9-1999, Plenário, DJ de 12-5-2000.)

Dessa forma, percebe-se que decisões ativistas moderadas são vistas como um mecanismo de efetivação dos direitos fundamentais, principalmente diante da omissão parlamentar. Assim, em situações excepcionais, O STF não pode ser cúmplice das omissões dos outros Poderes, mas sim deve obrigá-los a cumprirem o disposto na Constituição Federal (DE PAULA, GIOTTI 2009).

Portanto, apesar de claramente ressignificar o princípio da separação dos poderes, os fenômenos analisados neste trabalho, em especial o ativismo judicial, não são, em todo, movimentos negativos, desde que se atentem aos ideais democráticos na defesa dos princípios basilares constitucionais.

CONCLUSÃO

A partir do desenvolvimento do presente trabalho, pôde-se realizar um estudo mais aprofundado acerca das decisões em sede de controle de constitucionalidade, principalmente com relação às inovações nas produções da Suprema Corte Brasileira, observadas a partir do advento do Neoconstitucionalismo.

Dessa forma, pôde-se estabelecer que, a despeito de seu papel constitucionalmente atribuído, possuindo a palavra final quando se fala em interpretação constitucional e controle de constitucionalidade, institutos extremamente necessários para se assegurar a supremacia e garantir os direitos fundamentais, o Supremo Tribunal Federal pode se comportar de maneira arbitrária, ferindo o próprio texto constitucional que legitima sua atuação.

Inicialmente, pôde-se observar que o controle de constitucionalidade no Brasil, que encontra seus fundamentos nos princípios da Supremacia da Constituição e da compatibilização vertical das normas, possui suas bases nos sistemas de controle adotados mundo afora, sendo um sistema eclético que combina elementos dos sistemas americano, europeu continental e - de forma mais discreta – francês.

Desde a Constituição Imperial de 1824 até a atual Carta Cidadã, datada de 05 de outubro de 1988, o controle de constitucionalidade brasileiro passou por significativas mudanças, sendo hoje um controle predominantemente judicial.

Cabe, pois, aos órgãos do Poder Judiciário exercê-lo, combinando o critério difuso - por via de defesa - decorrente do sistema norte-americano, com o critério concentrado - por via de ação direta - que se assemelha ao sistema austríaco, formando o sistema misto e peculiar que se tem hoje.

Com o término da Segunda Guerra Mundial, o mundo observou o Estado de Direito ceder lugar ao Estado Democrático de Direito, e o movimento neoconstitucionalista, que remodelou o ordenamento jurídico, surgiu para assegurar, de uma vez por todas, a garantia dos direitos tidos como fundamentais, elevando a Constituição, agora mais que nunca, ao topo da pirâmide normativa.

Assim, com o Neoconstitucionalismo e o modelo constitucional adotado no Brasil, pautando-se na supremacia da Constituição, o aumento da jurisdição constitucional deu espaço ao crescimento do protagonismo judicial, e fenômenos como a teoria da transcendência dos motivos determinantes da decisão, a tendência

de abstrativização do controle concreto de constitucionalidade, a judicialização da política e o próprio ativismo judicial passaram a ser observados.

A partir da análise de tais fenômenos, pôde-se concluir que o fortalecimento do Poder Judiciário, especialmente do Supremo Tribunal Federal, pode ser encarado como um desrespeito às competências estabelecidas pelo texto constitucional, sendo essa hipertrofia muitas vezes vista como uma afronta ao princípio da separação dos poderes, como proposto por Montesquieu.

Ocorre que, como intérprete final da Carta Constitucional, cabe à Suprema Corte brasileira exercer o controle de constitucionalidade, ferramenta extremamente necessária para assegurar a correta aplicação da Constituição, em especial dos direitos e das garantias fundamentais. Logo, o respaldo encontrado pelo STF para agir de forma inovadora está justamente na necessidade de se proteger e concretizar os direitos mais importantes para a sociedade democrática.

Afinal, o Estado Democrático de Direito, nascido com o movimento neoconstitucionalista, põe de lado a justiça pautada em normas frias, puramente legalistas e positivadas, para dar espaço àquela justiça que garanta, de forma efetiva, os ideais democráticos.

Assim, a partir da pesquisa jurisprudencial realizada neste presente trabalho, pôde-se perceber que a postura judiciária ativista observada atualmente no Brasil limita-se, quase que em sua maioria, a casos de lacunas legislativas ou de inconstitucionalidades de normas infraconstitucionais, podendo tal produção legislativa ser até considerada necessária para suprir as injustiças que infelizmente ainda se mostram presentes em nosso ordenamento.

Ocorre que, assim como proposto inicialmente por Montesquieu, o Princípio da Separação dos Poderes mostra-se, atualmente, ressignificado. Não se nega sua clara importância na teoria constitucional, porém a concepção de poderes estáticos, limitados às suas funções primárias, já não mais atende aos anseios da sociedade moderna. Dessarte, seria necessária uma atuação conjunta dos poderes, com o fim principal de coibir abusos e fazer valer as disposições constitucionais.

Observa-se, então, que a postura ativista adotada atualmente pelo Poder Judiciário brasileiro não objetiva a usurpação das funções primárias, constitucionalmente estabelecidas a cada poder, mas sim busca a efetividade dos direitos e das garantias fundamentais, não se desvirtuando, em todo, de suas atribuições.

Por óbvio, deve-se atentar aos abusos e excessos, porém, desde que respeitem os ideais democráticos e visem, acima de tudo, à defesa dos princípios basilares constitucionais, não se podem considerar, em situações excepcionais, como inteiramente negativos os movimentos estudados no presente trabalho, em especial o ativismo judicial.

O Direito é uma ciência e, assim como os outros campos da ciência, está sujeito a mudanças, a fim de se atender às demandas que lhe são impostas diariamente. O processo de mudança, apesar de natural, deve ser controlado e, assim como ocorre com os novos fenômenos observados hodiernamente, indagado, o que contribuirá ainda mais na prevenção e no controle de eventuais erros.

REFERÊNCIAS BIBLIGRÁFICAS

ABBOUD, Georges **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Ed. RT, 2011.

_____. **Processo Constitucional Brasileiro**. 2. ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

_____. **Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial**. São Paulo: Ed. RT, 2014.

AIETA, Vânia Siciliano. **Criminalização da política: a falácia da “judicialização da política” como instrumento democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

ALMEIDA, Vicente Paulo de. **Ativismo judicial**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 2930, 10 jul. 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/19512>. Acesso em: 15 de Agosto de 2020.

ARAÚJO, Fábio Roque; COSTA, Klaus Negri. **Processo Penal Didático**. 2ª edição. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 327.

ARISTÓTELES, **A Política**. Texto disponível em http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_aristoteles_a_politica.pdf
Acessado em: 05 de junho de 2020.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. Ed. 4. Janeiro/Fevereiro 2009 Disponível em: Acesso em: 30 de Agosto de 2020.

_____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7547>
>. Acessado em: 27 de julho 2020.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 7ª. Ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2016

_____. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.** Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. Ed. 4. Janeiro/Fevereiro 2009. Disponível em: < http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 02 de Setembro de 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança n. 22.164.** Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em: 30/10/1995, DJ de 17/11/1995. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85691>. Acessado em: 27 de novembro de 2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Questão de Ordem na Ação Penal 937.** Relator: Ministro Luis Roberto Barroso. Julgado em: 03/05/2018, DJ de 11/12/2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748842078>. Acessado em: 12 de Setembro de 2020.

_____. **Constituição (1824).** Constituição Política do Império do Brasil. Rio de Janeiro, RJ: 22 de abril de 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acessado em: 27 de novembro de 2019.

_____. **Constituição (1891).** Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, RJ: 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acessado em: 28 de novembro de 2019.

_____. **Constituição (1934).** Constituição de Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, RJ: 16 de julho de 1934. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao34.htm>. Acessado em: 28 de novembro de 2019.

_____. **Constituição (1937).** Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, RJ: 10 de novembro de 1937. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acessado em: 28 de novembro de 2019.

_____. **Constituição (1988).** Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acessado em: 28 de novembro de 2019.

CARMONA, Geórgia Lage Pereira. **A propósito do ativismo judicial: super Poder Judiciário?** Artigo publicado em maio de 2012. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=7468http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11605>. Acesso em: 04 de Setembro de 2020.

DIAS, Eduardo Rocha; SÁ, Fabiana Costa Lima de. **O ativismo judicial à luz do pensamento de Konrad Hesse sobre a força normativa da Constituição.** Revista de Informação Legislativa: RIL, Brasília, DF, v. 57, n. 225, p. 165-179, jan./mar. 2020. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/57/225/ril_v57_n225_p165> Acessado em: 10 de Agosto de 2020.

DIMOULIS, Dimitri. **Além do ativismo e do minimalismo judicial no campo dos direitos fundamentais. Justificação jurídica de decisões e competências.** In: FRANCISCO, José Carlos. Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do passivismo ao ativismo judicial. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p.262.

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

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional.** 3. ed. - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FRANÇA. **Constituição (1958).** Disponível em: < https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/portugais/constitution_portugais.pdf>. Acessado em: 27 de novembro de 2019.

GALINDO, Bruno. **A teoria da constituição no *common law*:** Reflexões teóricas sobre o peculiar constitucionalismo britânico. Disponível em: < <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/177/R164-18.pdf?sequence=4>>. Acessado em: 27 de novembro de 2019.

GARCEZ, Wiliam. **A mutação constitucional nas regras do foro por prerrogativa de função: uma análise axiológica do julgamento da Ação Penal 937 pelo STF.** Disponível em: < <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/08/05/mutacao-constitucional-nas-regras-foro-por-prerrogativa-de-funcao-uma-analise-axiologica-julgamento-da-acao-penal-937-pelo-stf>> Acessado em: 20 de Setembro de 2020.

GOMES, Luiz Flávio. **O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2164, 4 jun. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12921>>. Acesso em: 15 de

Agosto de.2020.

HAMILTON, Alexander. **O Federalista LXXXV. O Federalista** – Um Comentário à Constituição Americana, Alexander Hamilton, John Jay, James Madison, trad. Reggy Zanconi de Moraes. Rio de Janeiro: Ed. Nacional de Direito, 1959.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **O que é a Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes?**. Disponível em: <<https://dirleydacunhajunior.jusbrasil.com.br/artigos/206655274/o-que-e-a-teoria-da-transcendencia-dos-motivos-determinantes>>. Acessado em: 20 de junho de 2020.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**: comentários à Lei n. 9.686, de 10-11-1999. São Paulo: Saraiva, 2001.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Neoconstitucionalismo**. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/134/edicao-1/neoconstitucionalismo>>. Acessado em: 27 de julho de 2020.

MELLO, Celso de. **Discurso proferido pelo ministro Celso de Mello, em 29/04/2009, por ocasião do transcurso do primeiro ano de mandato do senhor Ministro Gilmar Mendes como presidente do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCM29abr.pdf>>. Acesso em: 27 de Agosto de 2020.

MELO, João Aurino de. **Modelo de controle de constitucionalidade no direito comparado**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/11158/modelos-de-controle-de-constitucionalidade-no-direito-comparado/2>. Acessado em: 27 de novembro de 2019.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la. **Do espírito das leis**. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 32ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **Dilemas do/para o Estado constitucional**. In: SCAFF. FERNANDO FACURY (org.) **Constitucionalizando direitos: 15 anos da Constituição Brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações Constitucionais**. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 70.

POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo y Especificidad de la Interpretación Constitucional**. In: DOXA, Cuadernos del filosofía del derecho. Espanha: Alicante. n.º 21 – II, 1998, p. 339-353.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**. Saraiva Educação SA, 2017.

ROBALDO, José Carlos. **O princípio da supremacia da constituição**. Disponível em: <<https://www.douradosagora.com.br/noticias/entretenimento/o-principio-da-supremacia-da-constituicao-jose-carlos-de-oliveira-robaldo>>. Acessado em: 11 de novembro de 2019.

SARMENTO, Daniel Souza. I(Org.) **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Coordenadores. Rio de Janeiro. Lúmen Júris. 2007.

SILVA, Airton Ribeiro da; WEIBLEN, Fabrício Pinto. **A reserva do possível e o papel do judiciário na efetividade dos direitos sociais**. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria, v. 2, n. 2, p. 42-53, jul. 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, São Paulo: Malheiros Editores, 30ª Ed, 2009, p. 110.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

LENIO STRECK. **Sobre a decisão do STF (uniões homoafetivas)**. 2011 Blogspot.com. Disponível em: <<http://leniostreck.blogspot.com/2011/06/sobre-decisao-do-stf-unioes.html>>. Acesso em: 10 Nov. 2020.

_____, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____, BARRETTO, Vicente de Paulo et al. **Ulisses e o canto das sereias. Sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um terceiro turno da constituinte**. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2218, 28 jul. 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/13229/ulisses-e-o-canto-das-sereias>. Acesso em: 02 de Setembro de. 2020.

TASSINARI, Clarissa. **Ativismo judicial uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana**. Dissertação. São Leopoldo, 2011.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Ativismo Judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política**. Revista Direito GV, São Paulo, n. 8, p. 37-58, jan/jun 2012.

VAINER, Bruno Zilberman. **Breve histórico acerca das constituições do Brasil e do controle de constitucionalidade brasileiro**. Disponível em: <file:///C:/Users/milen/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8b bwe/TempState/Downloads/histórico%20de%20const%20(1).pdf>. Acessado em: 27 de novembro de 2019.

WOLFE, Christopher. **Judicial activism: bulwark of freedom or precarious security?** New York: Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 1997.

_____, Christopher. **The rise of modern judicial review: from constitutional interpretation to judge-made law**. Boston: Littlefield Adams Quality Paperbacks, 1994.