

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS  
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO**

**ATIVISMO OU ALTIVEZ JUDICIAL: ANÁLISE POSTURAL DO SUPREMO  
TRIBUNAL FEDERAL**

**LEONARDO FERREIRA SUETT**

**RIO DE JANEIRO  
2018 / 1º Semestre**

**LEONARDO FERREIRA SUETT**

**ATIVISMO OU ALTIVEZ JUDICIAL: ANÁLISE POSTURAL DO SUPREMO  
TRIBUNAL FEDERAL**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Fabiano Soares Gomes**

**Rio de Janeiro**

**1º Semestre/2018**

**LEONARDO FERREIRA SUETT**

**ATIVISMO OU ALTIVEZ JUDICIAL: ANÁLISE POSTURAL DO SUPREMO  
TRIBUNAL FEDERAL**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Fabiano Soares Gomes**

Data da Aprovação: \_\_/\_\_/\_\_\_\_.

Banca Examinadora:

---

Orientador **Professor Dr. Fabiano Soares Gomes**

---

Membro da Banca

---

Membro da Banca

**Rio de Janeiro**  
**1º Semestre/2018**

*Aos meus pais, por  
tudo que fizeram por  
mim.*

*À minha esposa,  
Carol, por me amar,  
apoiar e compreender.*

*À minha filha, Clarice,  
por resignificar a  
minha existência.*

## RESUMO

SUETT, Leonardo Ferrerira. **Ativismo ou altivez judicial: Análise postural do Supremo Tribunal Federal**. 2018. 70 páginas. Monografia (Graduação/Bacharelado em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

Este trabalho objetiva analisar a postura do Supremo Tribunal Federal após a redemocratização brasileira de 1988. A monografia empreende uma reflexão sobre a conduta da Corte Constitucional face aos problemas enfrentados nos últimos anos. A Constituição Federal de 1988 incorporou amplo rol de direitos e garantias fundamentais a serem guardados, promovidos e concretizados, inclusive via prestação jurisdicional. Dessarte, incumbiu ao STF o mister de dar significado e alcance as normas constitucionais. Contudo, é no cumprimento deste poder-dever, que a Suprema Corte pode vir a se posicionar de modo: ativista, autocontido ou altivo. Concluímos que o STF tem uma postura altiva e dentro das suas competências constitucionais, assim como, não há retrocesso democrático no Brasil, pelo contrário, há um avanço institucional, mesmo diante de crises de representatividade pontuais.

**Palavras-Chave:** Jurisdição Constitucional, Ativismo Judicial, Supremo Tribunal Federal

## ABSTRACT

SUETT, Leonardo Ferrerira. **Ativismo ou ativez judicial: Análise postural do Supremo Tribunal Federal**. 2018. 70 páginas. Monografia (Graduação/Bacharelado em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

This paper aims to analyze the posture of the Federal Supreme Court after the Brazilian redemocratization of 1988. The monograph undertakes a reflection on the conduct of the Constitutional Court in face of the problems faced in recent years. The Federal Constitution of 1988 incorporated an ample list of fundamental rights and guarantees to be kept, promoted and fulfilled, including via jurisdictional provision. Thus, it was incumbent upon the Supreme Court to give meaning and reach constitutional norms. However, it is in the fulfillment of this power-duty that the Supreme Court can position itself in an activist, self-contained, haughty. We conclude that the STF has a proud attitude and within its constitutional competencies, as well as, there is no democratic regression in Brazil, on the contrary, there is an institutional advance, even in the face of punctual crises of representativeness.

**Key words:** Constitutional Jurisdiction. Federal Supreme Court. Judicial Activism.

## **Sumário**

### **INTRODUÇÃO**

#### **CAPÍTULO 1 - CONSTITUCIONALISMO**

##### 1.1 Linhas Gerais

##### 1.2 Movimento Constitucional na história

##### 1.3 Constitucionalismo Antigo

##### 1.4 Constitucionalismo Medieval

##### 1.5 Constitucionalismo Moderno

##### 1.6 Constitucionalismo Contemporâneo

#### **CAPÍTULO 2 – A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO**

##### 2.1 Linhas Gerais

##### 2.2 A constitucionalização no Direito Brasileiro

#### **CAPÍTULO 3 – JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**

##### 3.1 Conceito

##### 3.2 Ativismo judicial fomentado pelo fenômeno da judicialização do direito

#### **CAPÍTULO 4 – CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**

##### 4.1 Considerações preliminares

##### 4.2 Manifestações do controle de constitucionalidade

##### 4.3 Tipos de controle judicial de constitucionalidade

##### 4.4 Inconstitucionalidade formal e inconstitucionalidade material

##### 4.5 Inconstitucionalidade por ação e inconstitucionalidade por omissão

##### 4.6 Surgimento e evolução do controle de constitucionalidade no mundo

##### 4.7 Do princípio da supremacia do parlamento

##### 4.8 O caso Marbury v. Madison e a doutrina Marshall

##### 4.9 Teoria da anulabilidade (sistema austríaco) e teoria da nulidade (sistema norte-americano)

##### 4.10 Flexibilização da teoria da nulidade no direito brasileiro

##### 4.11 Brevíssima análise da evolução do controle de constitucionalidade no direito brasileiro

##### 4.11.1 Constituição de 1824

##### 4.11.2 Constituição de 1891

- 4.11.3 Constituição de 1934
- 4.11.4 Constituição de 1937
- 4.11.5 Constituição de 1946
- 4.11.6 Constituição de 1967 e EC n. 1/69
- 4.11.7 Constituição de 1988

## **CAPÍTULO 5 – ATIVISMO JUDICIAL**

- 5.1 Explicando o fenômeno do ativismo judicial
  - 5.2 Autocontenção judicial
- 5.3 A abertura institucional do Supremo Tribunal Federal como superação da polêmica da falta de legitimidade popular
  - 5.4 A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição
  - 5.5 Debatendo o ativismo judicial no Brasil
- 5.6 A virada de postura do STF: ontem procedimentalista, hoje substancialista

## **CONCLUSÃO**

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

## INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal está no cerne do debate político nacional. O STF nunca foi tão nitidamente exposto como nos dias que seguem. Nunca influenciou tão ativamente no rumo institucional do estado brasileiro. Jamais gerou tanto sentimento, seja de amor ou ódio, confiança ou desconfiança, no cidadão nacional.

O presente trabalho tem a humilde pretensão de debater a atuação do Poder Judiciário, sobretudo a Suprema Corte.

Foram utilizados, na pesquisa, o método hipotético-dedutivo, lançando mão da revisão da bibliografia disponível sobre os aspectos a serem tratados, tal como, pelo recolhimento de dados em sítios de tribunais, artigos científicos, dissertações de mestrado, dentre outros, visando descortinamos sobre a postura do Supremo Tribunal Federal.

Muito se comenta que o STF tem tomado uma postura ativista, extrapolando o seu campo de atuação legítimo. Será isso verdade: o STF é um tribunal ativista? A depender da resposta: há um limite para uma atuação judicial conforme os ditames constitucionais?

Para responder estas questões, o presente trabalho enquadrará o Supremo Tribunal Federal dentro do denominado constitucionalismo.

Em seguida tratará da constitucionalização do direito brasileiro, pós Carta Magna de 1988, e a conseqüente judicialização de todas as coisas da vida.

Avançando no estudo, discutirá a jurisdição constitucional até chegarmos ao estudo do controle judicial de constitucionalidade.

Finalmente, trataremos do conceito de ativismo judicial, autocontenção judicial e altivez judicial.

Superado tais obstáculos, analisaremos a postura do Supremo Tribunal Federal com

intuito de asseverar, por fim, se o tribunal é: ativista, autocontido ou altivo. Tal como, se há limites verificáveis para seu mister de atribuir sentido e concretizar as normas constitucionais.

## CAPÍTULO 1 – CONSTITUCIONALISMO

### 1.1 Linhas Gerais

O ativismo judicial está intimamente ligado ao Estado Constitucional de Direito. Portanto, se faz necessário compreendermos o fenômeno constitucionalista em todas as suas nuances. Para tanto, faremos um breve apanhado da evolução do constitucionalismo desde a época antiga até os dias atuais.

Antes de tudo, é preciso dar significado ao termo constitucionalismo, contudo, sem muita preocupação terminológica, a maioria da doutrina segue na mesma esteira do professor Canotilho, que, com brilhantismo peculiar, conceitua:

“... teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, **o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos**. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo”.<sup>1</sup>

Mesmo diante da dificuldade de delimitação do termo, tamanha amplitude do objeto, pode-se afirmar, pois diversos doutrinadores caminham na mesma linha, que importa em poder limitado, onde todos estariam submetidos a normas escritas e postas num plano superior aos governantes.

O professor André Ramos Tavares, aponta sentidos para o constitucionalismo:

“Pode-se identificar pelo menos quatro sentidos para o constitucionalismo. Numa primeira acepção, emprega-se a referência ao movimento político-social com origens históricas bastante remotas que pretende, em especial, limitar o poder arbitrário. Numa segunda acepção, é identificado com a imposição de que haja

---

<sup>1</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 51

cartas constitucionais escritas. Tem-se utilizado, numa terceira concepção possível, para indicar os propósitos mais latentes e atuais da função e posição das constituições nas diversas sociedades. Numa vertente mais restrita, o constitucionalismo é reduzido à evolução histórico-constitucional de um determinado Estado”.<sup>2</sup>

Para que um movimento político-social seja legitimado dentro dos limites do constitucionalismo, LOUIS HENKIN citado por TAVARES, catalogou algumas condições, são elas:

“soberania popular para o constitucionalismo atual; supremacia e imperatividade da Constituição, limitando e estabelecendo o Governo; sistema democrático e governo representativo, mesmo em tempos de emergência nacional; governo limitado, separação de poderes e checks and balances, controle civil dos militares, governo das leis e judicial control, assim como um Judiciário independente; direitos civis respeitados e assegurados pelo governo, geralmente aqueles indicados na Declaração Universal. Os direitos podem ser limitados, mas essas limitações devem ter limites; instituições que monitorem e assegurem o respeito à Constituição; respeito pelo self-determination, o direito de escolha política livre”.<sup>3</sup>

O constitucionalismo está sempre em movimento, ora progressista, ora conservador ou até mesmo reacionário, neste sentido, pode-se afirmar que a “a história do constitucionalismo moderno ainda esta sendo escrita, e, portanto, esta por ser escrita”.<sup>4</sup>

## 1.2 Movimento Constitucional na história

A doutrina, para fins didáticos, divide o constitucionalismo em antigo, medieval, moderno e contemporâneo. Nota-se que foi feito um paralelo com a periodização clássica da história mundial, contudo, CANOTILHO faz uma separação dualista, asseverando ser um movimento político, social e cultural, iniciado em meados do século XVIII, que faz oposição -

---

2 TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.p.23

3 \_\_\_\_\_ 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.p.25

4 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.36

nos planos político, filosófico e jurídico - ao poder dominante naquela ocasião, propondo uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder.<sup>5</sup>

Não obstante, seguiremos na esteira da doutrina que se apegou a divisão mais rebuscada do constitucionalismo.

### 1.3 Constitucionalismo Antigo

Os primeiros movimentos de organização do Estado remontam à época do povo Hebreu que na lição de KARL LOEWENSTEIN, citado por LENZA, “...identificou o nascimento desse movimento entre os hebreus, que, já em seu Estado teocrático, criaram limites ao poder político, por meio da imposição da chamada “lei do Senhor”.<sup>6</sup>

Ainda na antiguidade clássica, destacam-se as Cidades-Estado gregas que configuraram o primeiro caso real de democracia constitucional, pois é um marco da racionalização do poder “e até hoje constitui o único exemplo concreto de regime constitucional de identidade plena entre governantes e governados, uma vez que se tratava de uma democracia direta”.<sup>7</sup> Outro ponto de destaque da política grega foi a distribuição de poder, que nas lições de LENZA “... o único exemplo conhecido de sistema político com plena identidade entre governantes e governados, no qual o poder político está igualmente distribuído entre todos os cidadãos ativos”.<sup>8</sup>

Contudo, apesar de doutrinadores identificarem raízes do constitucionalismo neste remoto período histórico, não há como colocá-lo no mesmo plano do constitucionalismo moderno, pois este pressupõe, adverte Dieter Grimm citado por SARLET:

---

“nao ha que confundir os fenômenos da juridificação e da  
5 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 52

6 LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 82

7 TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.p.26

8 LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 82

constitucionalização: a constituição no sentido moderno do termo constitui uma forma peculiar de juridificação do poder e da dominação política, vinculada a determinadas condições históricas, que nem sempre estiveram presentes e que podem voltar a faltar”.<sup>9</sup>

#### 1.4 Constitucionalismo Medieval

Durante a Idade Média viveu-se a era do absolutismo. Não havia participação política, tampouco controle do arbítrio e os homens estavam sob a vontade absoluta do soberano, este acima de qualquer coisa terrena, pois sua legitimidade era divina. Confirmam as palavras de TAVARES sobre os absolutistas: “enviados de Deus para cumprir a função de comandar o povo e, portanto, todo o aparelho estatal, o que poderiam fazer de acordo com sua vontade, livres de quaisquer limitações”.<sup>10</sup>

Contudo, foi neste cenário de arbítrio absoluto, que surgiu a Magna Carta de 1215, um documento que limitava o poder do soberano, sendo considerado um importante movimento constitucionalista, encerrando em busca pela liberdade e garantias individuais contra a opressão estatal.<sup>11</sup>

Posteriormente, já no ano de 1628, a *Petition of Rights* é assinada e, por sua vez, o *Bill of Rights*, em 1689. Estes documentos inauguram na Inglaterra a monarquia constitucional, um sistema misto, que na lição de RAMOS:

“...o poder decorre, diretamente, da Carta escrita, mas mediadamente é o povo que se apresenta como seu titular. O monarca, até então livre de limitações e impedimentos, passa a ter sua conduta balizada pelos ditames constitucionais. Os súditos, por sua vez, são erigidos, paulatinamente, à condição de cidadãos.”<sup>12</sup>

A Teoria da Separação dos Poderes também foi germinada na Idade Média, tal teoria é de tamanha relevância para o presente trabalho e não poderia deixar de mencioná-la neste

---

9 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.p.36

10 TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.p.27

11 \_\_\_\_\_ 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.p.27

12 \_\_\_\_\_ 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.p.29

tópico, já que estamos estudando as inovações constitucionais no período medieval. A separação entre poder legislativo e executivo é o sistema, conforme a obra de MARSÍLIO DE PÁDUA, *Defensor Pacis*, de 1324, citado por TAVARES:

“segundo a qual o poder legislativo, como poder supremo, competiria ao povo, que o poderia delegar a uma assembleia de representantes, e o poder executivo competiria ao príncipe, que não teria qualquer participação no primeiro”.<sup>13</sup>

Um pouco mais tarde, século XVII, na Inglaterra, pode se dizer que temos a ideia de separação dos poderes, porém relacionada ao rule of Law, que traz a pretensão antiabsolutista da época.

### 1.5 Constitucionalismo Moderno

O Constitucionalismo Moderno é fruto de uma intensa agitação política e cultural que marcou este período da civilização. Imprime o rompimento com o antigo regime, sendo coincidente com as Revoluções nos Estados Unidos da América do Norte quando, diante da independência das Treze Colônias, o Congresso de Filadélfia, em 15 de maio de 1776, propôs aos Estados federados a formulação de suas próprias constituições, que culminou na edição da Constituição norte-americana de 1787 e pela Revolução Francesa, em 1789, cujos ideais se espalharam pela Europa.

A principal conquista foi limitação do poder político pelo princípio da primazia da lei, que doravante deveria ser escrita, na esteira do professor CANOTILHO citado por TAVARES:

“(…) a consagração de textos escritos, adota-se um modelo que, obviamente, caracteriza-se: a) pela publicidade, permitindo o amplo conhecimento da estrutura do poder e garantia de direitos; b) pela clareza, por ser um documento unificado, que afasta as incertezas e dúvidas sobre os direitos e os limites do poder; c) pela segurança, justamente por proporcionar a clareza necessária à compreensão do poder”.<sup>14</sup>

Destacam-se como primeiros documentos escritos que garantiam direitos individuais: o *Petition of Rights*, de 1628; o *Habeas Corpus Act*, de 1679; o *Bill of Rights*, de 1689; e o *Act of Settlement*, de 1701, todos oriundos do constitucionalismo inglês.

---

13 \_\_\_\_\_ 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.p.31

14 \_\_\_\_\_ 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.p.33

Nos Estados Unidos da América são os contratos de colonização que marcaram este processo nas colônias. FERREIRA FILHO citado por LENZA destacam os seguintes:

“chegados à América, os peregrinos, mormente puritanos, imbuídos de igualitarismo, não encontrando na nova terra poder estabelecido, fixaram, por *mútuo consenso*, as regras por que haveriam de governar-se. Firma-se, assim, pelos chefes de família a bordo do *Mayflower*, o célebre ‘*Compact*’ (1620); desse modo se estabelecem as *Fundamental Orders of Connecticut* (1639), mais tarde confirmadas pelo rei Carlos II, que as incorporou à Carta outorgada em 1662. Transparece aí a ideia de estabelecimento e organização do governo pelos próprios governados, que é outro dos pilares da ideia de Constituição”.<sup>15</sup>

Ainda no constitucionalismo norte americano, mas agora na lição de KILDARE trazida por LENZA, é apontado outros textos, além dos contratos de colonização:

“além dos referidos “contratos de colonização” (*Compact* e as *Fundamental Orders of Connecticut*), a *Declaration of Rights* do Estado de Virgínia, de 1776, seguida pelas Constituições das ex-colônias britânicas da América do Norte, Constituição da Confederação dos Estados Americanos, de 1781”.<sup>16</sup>

No continente europeu, mas precisamente na França, deu-se o passo mais significativo ao que chamamos de constitucionalismo, principalmente pelas transformações que a Revolução Francesa imprimiu em toda Europa. Importantes diplomas surgiram neste cenário, por exemplo: a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e logo em seguida a Constituição Francesa de 1791, esta foi a primeira constituição formal européia.<sup>17</sup>

SANTI ROMANO citado por TAVARES aponta alguns institutos cuja criação remonta deste período:

“(a) universalização dos direitos individuais — concebidos como limitações ao poder do soberano, atribuídos apenas aos cidadãos, passam a ser direitos de todos os homens; (b) divisão dos poderes; (c) princípio da soberania nacional — a soberania

---

15 LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 83  
16 \_\_\_\_\_ 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 83

17 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2012. p. 36

deixa de ser um poder pessoal do príncipe para tornar-se um atributo da “Nação” e, após, do Estado; (d) o princípio da igualdade — que se traduz na mudança mais importante de todas, permitindo o estabelecimento de novas instituições políticas”.<sup>18</sup>

Estes ideais eclodem por toda Europa e movimentos de movimentos revolucionários surgem na Irlanda (1783-1784), na Bélgica (1787-1790), na Holanda (1783-1787) e, inclusive, na Inglaterra (1779), que já havia passado por um período de intensa agitação político-institucional, inclusive por uma guerra civil, ao longo do século XVII e Américas causando um grande turbilhão político-social.

É de grande valia a afirmação nevrálgica de Crisdano Paixão e Renato Biguazzi citado por SARLET “...a constituição pode ser compreendida como uma espécie de “aquisição evolutiva”.<sup>19</sup>

## 1.6 Constitucionalismo Contemporâneo

Analisando a trajetória do movimento constitucionalista na história, conclui-se que não é percorrido por linha reta. Deixando pra trás o constitucionalismo antigo e medieval e tendo como ponto de partida o constitucionalismo liberal, a observação revela que este, fundado na limitação do poder, igualdade formal e alguns direitos de liberdade individual, foi superado pelo constitucionalismo social, que reivindicava liberdade material e direitos sociais e econômicos que, doravante, deveriam ser promovidos pelo Estado. Portanto, é evidente que as tarefas estatais tiveram um incremento considerável, “... em alguns países, essa tendência foi mais forte, dando lugar à noção de dirigismo constitucional ou de Constituição dirigente, com a pretensão de impor ao legislador e ao administrador certos deveres de atuação positiva, com a conseqüente redução do campo reservado à deliberação política majoritária”.<sup>20</sup>

Contudo, compreende-se que, nas últimas décadas, o movimento constitucional no mundo e no Brasil, vem sofrendo grandes transformações. Para entendermos tais mudanças, analisaremos esses acontecimentos na história, teoria e na filosofia do direito.

---

18 TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.p.35

19 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.p.36

20 BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2009. P. 84

Após a 2ª Guerra Mundial a Europa sofreu grandes transformações constitucionais, principalmente na Alemanha e Itália. Essa reconstitucionalização aproximou o constitucionalismo da democracia, modificando a forma de organização política.

Na precisa lição do Constitucionalista Barroso:

“A principal referência no desenvolvimento do novo direito constitucional é a Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã), de 1949, e, especialmente, a criação do Tribunal constitucional Federal, instalado em 1951. A partir daí teve início uma fecunda produção teórica e jurisprudencial, responsável pela ascensão científica do direito constitucional no âmbito dos países de tradição romano-germânica. A segunda referência de destaque é a da Constituição da Itália, de 1947, e a subsequente instalação da Corte Constitucional, em 1956. Ao longo da década de 70, a redemocratização e a reconstitucionalização de Portugal (1976) e da Espanha (1978) agregaram valor e volume ao debate sobre o novo direito constitucional”.<sup>21</sup>

No entanto, no Brasil, tal movimento somente se permitiu desenvolver após a redemocratização e com o advento da Constituição de 1988. Esta carta permitiu ao País avançar bastante rumo à solidez das instituições democráticas, deu suporte para a dissolução de graves conflitos políticos, bem como tem sido um importante alicerce para a promoção dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana. Acima de tudo, a Constituição Cidadã “... não é só técnica. Tem de haver, por trás dela, a capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços. O surgimento de um sentimento constitucional no País é algo que merece ser celebrado.”<sup>22</sup>

No campo filosófico, o destaque é a superação do positivismo e do jusnaturalismo que, em posição de antagonismo, não se misturavam. O que temos atualmente é uma mistura das duas ideologias: “A quadra atual é assinalada pela superação – ou, talvez, sublimação – dos modelos puros por um conjunto difuso e abrangente de idéias, agrupadas sob o rótulo

---

21 BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil.** *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo\\_e\\_constitucionalizacao\\_do\\_direito\\_pt.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf)>. Acesso em: 20 mai. 2018

22 BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil.** Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo\\_e\\_constitucionalizacao\\_do\\_direito\\_pt.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf)>. Acesso em: 20 mai. 2018

genérico de pós-positivismo”.<sup>23</sup>

A ascensão e queda do positivismo se deram da seguinte maneira:

“Em busca de objetividade científica, o positivismo equiparou o Direito à lei, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça e dominou o pensamento jurídico da primeira metade do século XX. Sua decadência é, emblematicamente, associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade. Ao fim da 2ª Guerra, a ética e os valores começam a retornar ao Direito”.<sup>24</sup>

Em apertada síntese, pode-se afirmar que o pós-positivismo está entrelaçado com a função social do direito que é atingida através da interpretação constitucional voltada para essa finalidade. “O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas”.<sup>25</sup>

Outra importante característica do pós-positivismo é a normatividade conferida aos princípios, sendo a dignidade da pessoa humana o eixo central. Claro que pra dar efetividade normativa aos princípios, caracteristicamente com densidade normativa mitigada, é necessário o desenvolvimento de uma nova hermenêutica constitucional e o fortalecimento da argumentação jurídica, que estão em franca ascensão no direito atual, terminando numa aproximação clara entre direito e conceitos morais.

Por derradeiro, na teoria do direito, o professor BARROSO aponta três vertentes<sup>26</sup> que se marcam o pós-positivismo, são eles: a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Todos os conceitos serão desenvolvidos em tópicos especiais.

---

23 ibidem ou ibid

24 ibidem ou ibid

25 ibidem ou ibid

26 ibidem ou ibid

Para contextualizar o constitucionalismo com o tema proposto, ou seja, o ativismo judicial, é de fundamental importância destacar que, ao atribuir força normativa aos princípios constitucionais é necessário uma leitura moral dos conceitos, sem deixar de lado a carga jurídica. Para tanto, destacou-se as cortes constitucionais e, até mesmo, os juízes de plano inferior, pois o judiciário é, de fato, quem cria o direito ao aplicá-lo ao caso concreto. Portanto, este é um campo fértil para o fenômeno do ativismo judicial. Nas palavras de CAPPELLETTI: “Embora a interpretação judiciária seja e tenha sido sempre e inevitavelmente em alguma medida criativa do direito, é um dado de fato que a maior intensificação da criatividade da função jurisdicional constitui típico fenômeno do nosso século”<sup>27</sup>.

## CAPÍTULO 2 – A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

### 2.1 Linhas Gerais

O termo constitucionalização do direito, apesar de recente na doutrina, tem sido empregado para denominar o fenômeno da expansão das normas constitucionais por todo ordenamento jurídico. Paulo Bonavides, proferiu, por ocasião da solenidade de recebimento da Medalha Teixeira de Freitas, no ano de 1998: “*Ontem, os Códigos; hoje, a Constituição*”.

Em síntese apertada, significa dizer que todos os ramos do direito foram repaginados, através da filtragem de seus institutos, pelas normas, princípios e valores constitucionais. Categoricamente, DANIEL SARMENTO ensina ser o “tratamento pela Constituição de temas que antes eram disciplinados pela legislação ordinária ou mesmo ignorados ... a impregnação de todo o ordenamento pelos valores constitucionais”.<sup>28</sup>

Destarte, a constitucionalização do direito infraconstitucional repercute de maneira significativa na forma de ser dos poderes legislativo, executivo e judiciário, até mesmo nas

---

<sup>27</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993. p. 31.

<sup>28</sup> SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito Constitucional. Teoria, História e Métodos de Trabalho**. 2ª Ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2014. p. 44

relações entre os particulares. No que refere ao Poder Judiciário, “serve de parâmetro para o controle de constitucionalidade por ele desempenhado (incidental e por ação direta), bem como, condiciona a interpretação de todas as normas do sistema”. BARROSO

O professor BARROSO, citando o jurista Ricardo Guastini, apontou condições trazidas pelo constitucionalismo atual que culminaram na constitucionalização do direito infraconstitucional, são elas:

“uma Constituição rígida; a garantia jurisdicional da Constituição; a força vinculante da Constituição; a “sobreinterpretação” da Constituição (sua interpretação extensiva, com o reconhecimento de normas implícitas); a aplicação direta das normas constitucionais; a interpretação das leis conforme a Constituição; a influência da Constituição sobre as relações políticas”.<sup>29</sup>

A constitucionalização do direito surgiu na Alemanha, sob o regime da Lei Fundamental de 1949. O caso Lüth, julgado em 15 de janeiro de 1958, é o precedente inaugural e marcante do processo de constitucionalização do direito privado. BARROSO traz à tona trecho nevrálgico da sentença tão importante para a início do processo de constitucionalização das relações privadas:

“Os direitos fundamentais são antes de tudo direitos de defesa do cidadão contra o Estado; sem embargo, nas disposições de direitos fundamentais da Lei Fundamental se incorpora também uma ordem objetiva de valores, que como decisão constitucional fundamental é válida para todas as esferas do direito. (...) Esse sistema de valores – que encontra seu ponto central no seio da comunidade social, no livre desenvolvimento da personalidade e na dignidade da pessoa humana... – oferece direção e impulso para o legislativo, a administração e o judiciário, projetando-se, também, sobre o direito civil. Nenhuma disposição de direito civil pode estar em contradição com ele, devendo todas ser interpretadas de acordo com seu espírito. (...) A expressão de uma opinião, que contém um chamado para um boicote, não viola necessariamente os bons costumes, no sentido do § 826 do Código Civil. Pode estar justificada constitucionalmente pela liberdade de opinião, ponderadas todas as circunstâncias do caso”.<sup>30</sup>

Este foi cenário, foi o campo fértil para que o Tribunal Constitucional da Alemanha

---

29 BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil.** Disponível em:

<[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo\\_e\\_constitucionalizacao\\_do\\_direito\\_pt.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf)>. Acesso em: 20 mai. 2018

30 ibidem ou ibid

promovesse todas as relevantes mudanças no direito infraconstitucional, sobretudo o direito civil, filtrando os institutos do direito privado pelos valores, princípios e, principalmente, pelo rol de direitos fundamentais esculpidos na constituição alemã, conforme assevera BARROSO:

“A partir daí, baseando-se no catálogo de direitos fundamentais da Constituição alemã, o Tribunal Constitucional promoveu uma verdadeira “revolução de idéias”, especialmente no direito civil. De fato, ao longo dos anos subsequentes, a Corte invalidou dispositivos do BGB, impôs a interpretação de suas normas de acordo com a Constituição e determinou a elaboração de novas leis. Assim, por exemplo, para atender ao princípio da igualdade entre homens e mulheres, foram introduzidas mudanças legislativas em matéria de regime matrimonial, direitos dos ex-cônjuges após o divórcio, poder familiar, nome de família e direito internacional privado. De igual sorte, o princípio da igualdade entre os filhos legítimos e naturais provocou reformas no direito de filiação. De parte isso, foram proferidos julgamentos interessantes em temas como uniões homossexuais (homoafetivas) e direito dos contratos.”<sup>31</sup>

Na Itália, o processo de constitucionalização do direito teve origem a partir da instituição da Suprema Corte, consumando-se na década de 70, nas lições de BARROSO:

“Somente com a instalação da Corte Constitucional – e, aliás, desde a sua primeira decisão – as normas constitucionais de direitos fundamentais passaram a ser diretamente aplicáveis, sem intermediação do legislador ... De 1956 a 2003, a Corte Constitucional proferiu 349 decisões em questões constitucionais envolvendo o Código Civil, das quais 54 declararam a inconstitucionalidade de dispositivos seus, em decisões da seguinte natureza: 8 de invalidação, 12 interpretativas e 34 aditivas (sobre as características de cada uma delas, v. nota ao parágrafo anterior). Foram proferidos julgados em temas que incluíram adultério, uso do nome do marido e direitos sucessórios de filhos ilegítimos, em meio a outros. No plano legislativo, sob influência da Corte Constitucional, foram aprovadas, ao longo dos anos, modificações profundas no direito de família, inclusive em relação ao divórcio, no direito à adoção e no direito do trabalho. Estas alterações, levadas a efeito por leis especiais, provocaram a denominada “descodificação” do direito civil”.<sup>32</sup>

## **2.2 A constitucionalização no Direito Brasileiro**

Após um longo período de Regime Militar, finalmente, o Brasil redemocratizou. A Carta Magna de 1988, documento fundamental desta abertura política, simboliza o encontro tardio da sociedade civil a cidadania plena. É sabido que a Constituição Cidadã está longe de ser

---

31 *ibidem* ou *ibid*

32 *ibidem* ou *ibid*

perfeita, mas tem se mostrado capaz de conduzir o país ao mais longo período de estabilidade constitucional na era republicana brasileira.

O constituinte não foi acanhado, pelo contrário, redigiu uma carta analítica, prolixas, detalhistas, talvez tenha até extrapolado na extensão e descido a miudezas desnecessárias. TAVARES ensina que tais diplomas tem como características:

“a indiferença, que se tem transformado em desconfiança, quanto ao legislador ordinário; a estatura de certos direitos subjetivos, que estão a merecer proteção juridicamente diferenciada; a imposição de certos deveres, especialmente aos governantes, evitando-se o desvio de poder e a arbitrariedade; a necessidade de que certos institutos sejam perenes, garantindo, assim, um sentimento de segurança jurídica decorrente da rigidez constitucional”.<sup>33</sup>

Portanto, todos os ramos do direito foram disciplinados na constituição, ora com princípios gerais, ora com regras específicas, típicas de legislação infraconstitucional. Consequentemente, esta característica é fundamental para o processo de constitucionalização do direito, portanto, “tal circunstância, nem sempre desejável, interfere com os limites de atuação do legislador ordinário e com a leitura constitucional a ser empreendida pelo Judiciário em relação ao tema que foi constitucionalizado”.<sup>34</sup>

A constitucionalização do direito, destarte, é corolário de uma constituição analítica, com força normativa, dotada de supremacia formal e material, “potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios”.

A Constituição de 1988 tornou-se o centro do sistema jurídico, por conseqüência, todos os ramos do direito devem ter seus institutos filtrados pelos valores constitucionais. Por filtragem constitucional, assevera PAULO RICARDO SCHIER:

“denota a idéia de um processo em que toda a ordem jurídica, sob a perspectiva material e formal e assim os seus procedimentos e valores, devem passar sempre e

---

33 TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004,p.97

34 BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo\\_e\\_constitucionalizacao\\_do\\_direito\\_pt.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf)>. Acesso em: 20 mai. 2018

necessariamente pelo filtro axiológico da Constituição Federal, impondo a cada momento da aplicação do direito, uma releitura e atualização de suas normas”.<sup>35</sup>

Assim sendo, toda aplicação do direito, necessariamente, resulta em aplicação direta ou indireta dos valores, princípios e normas constitucionais. Com brilhantismo peculiar, BARROSO leciona sobre a aplicação da constituição:

- a) *Diretamente*, quando uma pretensão se fundar em uma norma do próprio texto constitucional. Por exemplo: o pedido de reconhecimento de uma imunidade tributária (CF, art. 150, VI) ou o pedido de nulidade de uma prova obtida por meio ilícito (CF, art. 5º, LVI);
- b) *Indiretamente*, quando uma pretensão se fundar em uma norma infraconstitucional, por duas razões:
  - (i) antes de aplicar a norma, o intérprete deverá verificar se ela é compatível com a Constituição, porque se não for, não deverá fazê-la incidir. Esta operação está sempre presente no raciocínio do operador do Direito, ainda que não seja por ele explicitada;
  - (ii) ao aplicar a norma, o intérprete deverá orientar seu sentido e alcance à realização dos fins constitucionais.

A jurisdição constitucional, preponderantemente, é responsável pela constitucionalização do direito de forma objetiva. Não poderia ser diferente, pois cabe ao judiciário, sobretudo o STF, interpretar e aplicar a constituição no caso concreto. BARROSO elenca técnicas e possibilidades interpretativas na materialização dos valores constitucionais no ordenamento jurídico:

- a) o reconhecimento da revogação das normas infraconstitucionais anteriores à Constituição (ou à emenda constitucional), quando com ela incompatíveis;
- b) a declaração de inconstitucionalidade de normas infraconstitucionais posteriores à Constituição, quando com ela incompatíveis;
- c) a declaração da inconstitucionalidade por omissão, com a conseqüente convocação à atuação do legislador;
- d) a interpretação conforme a Constituição, que pode significar:
  - (i) a leitura da norma infraconstitucional da forma que melhor realize o sentido e o alcance dos valores e fins constitucionais a ela subjacentes;
  - (ii) a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução do texto, que consiste na exclusão de uma determinada interpretação possível da norma – geralmente a mais óbvia – e a afirmação de uma interpretação alternativa, compatível com a Constituição.

No que tange a interpretação conforme a constituição, técnica copiosamente empregada

---

35 SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem Constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica**. Porto Alegre : Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999. P. 102

no Brasil, principalmente quando se trata do controle judicial de constitucionalidade, INGO SARLET a conceitua como

“...a interpretação das leis conforme a constituição consiste, portanto, na técnica de acordo com a qual, em face da existência de mais de uma alternativa possível de interpretação de determinado dispositivo legal, das quais uma (ou mesmo varias) implicaria a inconstitucionalidade da disposição normativa em causa, ha que optar pela alternativa de interpretação que, ao mesmo tempo em que preserva a integridade do dispositivo legal, lhe atribui um sentido compatível com a constituição”.<sup>36</sup>

Na mesma esteira, CANOTILHO assevera que o procedimento da interpretação conforme a constituição resulta da conjugação de pelo menos três aspectos:

- (a) o principio da prevalência (supremacia), da Constituição, de acordo com o qual deve ser escolhida uma interpretação que não seja contraria ao texto e ao programa da norma constitucional;
- (b) o principio da conservação de normas, que traduz a ideia de que a norma não deve ser declarada inconstitucional quando, verificadas suas finalidades, ela puder ser interpretada em conformidade com a constituição;
- (c) o principio da exclusão da interpretação conforme a Constituição, mas que seja contraria ao sentido literal da lei, de acordo com o qual mesmo uma interpretação em conformidade com a constituição deve ser afastada quando tal interpretação implicar violação do sentido literal da norma infraconstitucional (inexistência de interpretação conforme a constituição mas seja *contra legem*).<sup>37</sup>

Portanto, convém conhecer da jurisprudência correlata extraída de tribunais constitucionais, no exercício da jurisdição, lembradas pelo professor BARROSO, para concluirmos o presente tópico: “Ao juiz não é permitido mediante ‘interpretação conforme a Constituição’ dar um significado diferente a uma lei cujo teor e sentido resulta evidente”, assim como, na do Supremo Tribunal Federal brasileiro: “se a única interpretação possível para compatibilizar a norma com a Constituição contrariar o sentido inequívoco que o Poder Legislativo lhe pretendeu dar, não se pode aplicar o princípio da interpretação conforme a Constituição, que implicaria, em verdade, criação de norma jurídica, o que é privativo do legislador positivo”. (STF, DJU 15 abr. 1988, Rp 1.417-7/DF, Rel. Min. Moreira Alves).

Especificamente no direito civil, a constitucionalização deste ramo, ou seja, o triunfo

---

36 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.217

37 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 1226

das normas constitucionais regulando as relações particulares, pois serve de filtro valorativo na leitura do código civil, se verifica na irradiação dos princípios constitucionais, por exemplo: igualdade formal e material, solidariedade, função social da propriedade, razoabilidade e, sobretudo, a dignidade da pessoa humana.

Sobre a dignidade da pessoa humana, a professora ANA PAULA DE BARCELLOS, ensina:

“O conteúdo básico, o núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana, é composto pelo mínimo existencial, que consiste em um conjunto de prestações materiais mínimas sem as quais se poderá afirmar que o indivíduo se encontra em situação de indignidade.”<sup>38</sup>

A dignidade da pessoa humana, norteando as relações particulares, importa em despatriamonalização e repersonalização do direito civil, para tanto, BARROSO destaca os “valores existenciais e de espírito, bem como no reconhecimento e desenvolvimento dos direitos da personalidade, tanto em sua dimensão física quanto psíquica”.

Na mesma linha, LUIZ EDSON FACHIN e CARLOS EDUARDO PIANOVSKI RUZIK: “A aferição da constitucionalidade de um diploma legal, diante da *repersonalização* imposta a partir de 1988, deve levar em consideração a prevalência da proteção da dignidade humana em relação às relações jurídicas patrimoniais”.<sup>39</sup>

Evidentemente, o a força normativa da constituição no direito civil é matéria superada, assim assevera GUSTAVO TEPEDINO: “Ao contrário do cenário dos anos 80, não há hoje civilista que negue abertamente a eficácia normativa da Constituição e sua serventia para, ao menos de modo indireto, auxiliar na interpretação construtiva da norma infraconstitucional”.<sup>40</sup>

Contudo, ainda há objeções por a este fenômeno, que o mesmo autor, TEPEDINO, em  
38 Ana Paula de Barcellos, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*, 2002, p. 305

39 FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Um projeto de Código Civil na contramão da Constituição**, Revista trimestral de direito civil vol 4. 2000. p. 243

40 TEPEDINO Gustavo. **O direito civil e a legalidade constitucional**, *Revista Del Rey Jurídica* v.13. 2004. p.23

apertada síntese, nos ensina:

- a) não cabe ao constituinte, mas ao legislador, que constitui uma instância mais próxima da realidade dos negócios, a regulação da autonomia privada;
- b) a baixa densidade normativa dos princípios constitucionais propiciaria excessiva discricionariedade aos magistrados;
- c) a estabilidade milenar do direito civil restaria abalada pela instabilidade do jogo político-constitucional;
- d) o controle axiológico das relações de direito civil, para além dos limites claros do lícito e do ilícito, significaria desmesurada ingerência na vida privada.<sup>41</sup>

Finalizando, na esteira de BARROSO, a constitucionalização do direito civil é um fato, “... já não há quem negue abertamente o impacto da Constituição sobre o direito privado. A sinergia com o direito constitucional potencializa e eleva os dois ramos do Direito, em nada diminuindo a tradição secular da doutrina civilista”.<sup>42</sup>

Outros ramos do direito também passam pelo mesmo processo de filtragem constitucional, BARROSO relaciona o fenômeno as seguintes circunstâncias:

Na quadra presente, três conjuntos de circunstâncias devem ser considerados no âmbito da constitucionalização do direito administrativo:

- a) a existência de uma vasta quantidade de normas constitucionais voltadas para a disciplina da Administração Pública;
- b) a seqüência de transformações sofridas pelo Estado brasileiro nos últimos anos;
- c) a influência dos princípios constitucionais sobre as categorias do direito administrativo

A constitucionalização redefiniu da idéia de supremacia do interesse público sobre o interesse privado; vinculou o administrador à Constituição e não apenas à lei ordinária e a possibilitou o controle judicial do mérito do ato administrativo.

Em relação ao direito penal, “o texto constitucional impõe ao legislador o dever de criminalizar determinadas condutas, assim como impede a criminalização de outras ... adicione-se a circunstância de que algumas tipificações previamente existentes são

---

41 ibidem ou ibid

42 BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil.** Disponível em:

<[http://www.luistrobertobarroso.com.br/wpcontent/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo\\_e\\_constitucionalizacao\\_do\\_direito\\_pt.pdf](http://www.luistrobertobarroso.com.br/wpcontent/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf)>. Acesso em: 20 mai. 2018

questionáveis à luz dos novos valores constitucionais ou da transformação dos costumes, assim como podem ser excepcionadas em algumas de suas incidências concretas, se provocarem resultado constitucionalmente indesejável”<sup>43</sup>. O direito penal deve ser proporcional na proteção dos bens jurídicos.

## CAPÍTULO 3 – JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

### 3.1 Conceito

Cabe conceituar, de antemão, o que é a jurisdição constitucional. O direito processual, sabemos, é o instrumento de concretização do direito abstrato no caso concreto, conforme preceitua MOACYR AMARAL SANTOS, “direito processual constitui o sistema de princípios e regras regulamentadoras da atividade jurisdicional”<sup>44</sup>. Para TAVARES trata-se de “... é o conjunto de regras procedimentais fundamentadoras da prática do controle jurisdicional, autônomo ou não, da constitucionalidade do comportamento estatal”.<sup>45</sup>

Dito isto, convém salientar que a jurisdição constitucional se destina à solução de conflitos ou questões constitucionais. CANOTILHO elege, principalmente, os seguintes:

“a) litígios de competência inter-orgânicos; b) controle abstrato e concreto da constitucionalidade dos atos normativos; c) proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos; d) controle da legitimação dos órgãos do Estado e dos seus titulares através do contencioso eleitoral (e referendário)”.

Contudo, a jurisdição constitucional está diretamente relacionada com o Estado Constitucional que emergiu após a II Guerra Mundial, na Europa. A constituição ganhou status de norma jurídica, deixando pra trás a época onde era mera carta política, sem

---

43 ibidem ou ibid

44 SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. Vol. 1º. 23ª. ed. São Paulo : Saraiva, 2004.

45 TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.p.263

aplicabilidade direta e na dependência de leis para ser concretizada. Claro que, antes da constituição ter força normativa, era favorável que a lei fosse a principal fonte de normas jurídicas, assim como, o legislativo ou o executivo (legislando atipicamente) fossem os principais detentores do poder. Outro fator relevante é que o controle de constitucionalidade era bem tímido nesta época, daí a conclusão que o poder judiciário não estava no mesmo patamar de importância dos demais poderes.

Porém, superada a tragédia que foi a II Guerra Mundial, a constituição passa a ser considerada uma norma jurídica. A partir daí, ela não apenas disciplina o modo de produção das leis e atos normativos, como estabelece determinados limites para o seu conteúdo, além de impor deveres de atuação ao Estado. Por consequência, o exercício da jurisdição constitucional exercido pelas cortes supremas trouxe o poder judiciário para a centralidade do poder, visto que, de agora em diante, este poder é quem vai interpretar, por último, as normas constitucionais.<sup>46</sup>

No Brasil, com a advento da Constituição Federal de 1988, o poder judiciário, por intermédio da jurisdição constitucional, vem promovendo a constitucionalização do direito. O Supremo Tribunal Federal é a corte constitucional, posiciona-se no degrau mais alto da hierarquia do judiciário, portanto é legítima para dar a última palavra. Contudo, não exerce a jurisdição constitucional, exclusivamente, pois todos os órgãos do judiciário, até mesmo os de primeira instância, exercem a jurisdição para tanto. BARROSO, sobre a ascensão do poder judiciário preleciona o seguinte:

Uma das instigantes novidades do Brasil dos últimos anos foi a virtuosa ascensão institucional do Poder Judiciário. Recuperadas as liberdades democráticas e as garantias da magistratura, juízes e tribunais deixaram de ser um departamento técnico especializado e passaram a desempenhar um papel político, dividindo espaço com o Legislativo e o Executivo. Tal circunstância acarretou uma modificação substantiva na relação da sociedade com as instituições judiciais, impondo reformas estruturais e suscitando questões complexas acerca da extensão de seus poderes.<sup>47</sup>

A jurisdição constitucional é exercida da seguinte forma, conforme nos ensina BARROSO: “compreende o poder exercido por juízes e tribunais na aplicação direta da

---

46 BARROSO, Luís Roberto. **Jurisdição constitucional: a tênue fronteira entre o direito e a política.** Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf>>. Acesso em: 25 mai. 2018

47 *ibidem* ou *ibid*

Constituição, no desempenho do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público em geral e na interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a Constituição”.<sup>48</sup>

### **3.2 Ativismo judicial fomentado pelo fenômeno da judicialização do direito**

Como dito nas linhas anteriores, o Poder Judiciário, mormente a Suprema Corte, tornou-se o local onde as decisões mais relevantes da República são resolvidas em caráter definitivo, graças à função de interpretar e aplicar as normas constitucionais, bem como a função de exercer o controle judicial de constitucionalidade.

Tal transferência de poder, do legislativo e executivo para o Judiciário, na esteira do pensamento do professor BARROSO, amplia consideravelmente o discurso jurídico constituindo-se numa “mudança drástica no modo de se pensar e de se praticar o Direito no mundo romano-germânico”<sup>49</sup>.

Natural que o fenômeno da judicialização aproxime a política do direito, dificultando uma distinção clara de quando estamos diante de uma decisão judicial dentro dos limites interpretativos do direito ou quando se extrapola e passa-se a criar direitos.

A ocorrência da constitucionalização do direito, isto é, a propagação dos valores constitucionais por todo ordenamento jurídico, agrava o quadro de judicialização de tudo. Com maestria peculiar, ensina BARROSO que constitucionalizar é, em última análise, retirar um tema do debate político e trazê-lo para o universo das pretensões judicializáveis – e do sistema de controle de constitucionalidade vigente entre nós, em que é amplo o acesso ao Supremo Tribunal Federal por via de ações diretas.

O mesmo ainda assevera:

“Há causas de naturezas diversas para o fenômeno. A primeira delas é o reconhecimento da importância de um Judiciário forte e independente, como elemento essencial para as democracias modernas. Como consequência, operou-se

---

48 *ibidem* ou *ibid*

49 *ibidem* ou *ibid*

uma vertiginosa ascensão institucional de juízes e tribunais, assim na Europa como em países da América Latina, particularmente no Brasil. A segunda causa envolve certa desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral. Há uma terceira: atores políticos, muitas vezes, preferem que o Judiciário seja a instância decisória de certas questões polêmicas, em relação às quais exista desacordo moral razoável na sociedade. Com isso, evitam o próprio desgaste na deliberação de temas decisivos, como uniões homoafetivas, interrupção de gestação ou demarcação de terras indígenas”.<sup>50</sup>

Ademais o controle de constitucionalidade brasileiro é misto, sendo admitido por via difusa (exercida por qualquer órgão jurisdicional) ou concentrada (suprema corte), no caso concreto, ou abstrato (em tese). Logo, este modelo contribui pra que a judicialização seja, paulatinamente, mais abrangente, nesta linha conclui BARROSO:

“Nesse contexto, a judicialização constitui um *fato* inelutável, uma circunstância decorrente do desenho institucional vigente, e não uma opção política do Judiciário. Juízes e tribunais, uma vez provocados pela via processual adequada, não têm a alternativa de se pronunciarem ou não sobre a questão. Todavia, o modo como venham a exercer essa competência é que vai determinar a existência ou não de ativismo judicial”.<sup>51</sup>

A judicialização das relações sociais implica numa mudança de argumentação, haja vista trazer a linguagem jurídica para solucionar temas que, outrora, eram decididos no parlamento. BARROSO levanta outras nuances deste fenômeno:

“Os métodos de atuação e de argumentação dos órgãos judiciais são, como se sabe, *jurídicos*, mas a natureza de sua função é inegavelmente *política*. Sem embargo de desempenhar um poder político, o Judiciário tem características diversas das dos outros Poderes. É que seus membros não são investidos por critérios eletivos nem por processos majoritários. E é bom que seja assim. A maior parte dos países do mundo reserva uma parcela de poder para que seja desempenhado por agentes públicos selecionados com base no mérito e no conhecimento específico. Idealmente preservado das paixões políticas, ao juiz cabe decidir com imparcialidade, baseado na Constituição e nas leis. Mas o poder de juízes e tribunais, como todo poder em um Estado democrático, é representativo. Vale dizer: é exercido em nome do povo e deve contas à sociedade”.<sup>52</sup>

Portanto, mesmo que haja críticas a judicialização e expansão do poder judiciário em detrimento de outros poderes, o judiciário tem resguardado a constituição e garantido a

---

50 ibidem ou ibid

51 ibidem ou ibid

52 ibidem ou ibid

democracia.

O papel do Judiciário e, especialmente, das cortes constitucionais e supremos tribunais deve ser o de resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais, superando o deficit de legitimidade dos demais Poderes, quando seja o caso. Sem, contudo, desqualificar sua própria atuação, o que ocorrerá se atuar abusivamente, exercendo preferências políticas em lugar de realizar os princípios constitucionais. Além disso, em países de tradição democrática menos enraizada, cabe ao tribunal constitucional funcionar como garantidor da estabilidade institucional, arbitrando conflitos entre Poderes ou entre estes e a sociedade civil. Estes os seus grandes papéis: resguardar os valores fundamentais e os procedimentos democráticos, assim como assegurar a estabilidade institucional.<sup>53</sup>

## CAPÍTULO 4 – CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

### 4.1 Considerações preliminares

O presente trabalho já discorreu sobre o significado de constituição e constitucionalismo, porém convém lembrar que constituição nos remete “a ideia de um princípio supremo que determina integralmente o ordenamento estatal e a essência da comunidade constituída por esse ordenamento”.<sup>54</sup> Em outras palavras, na constituição estão as regras fundamentais, que criam o Estado, organizam os entes estatais e instituem o procedimento legislativo.

Vale destacar que a constituição oferece as linhas mestras, “não existe, pois, uma pretensão de completude do sistema constitucional. E é, exatamente, essa característica que empresta à Constituição a flexibilidade necessária ao contínuo desenvolvimento e permite que o seu conteúdo subsista aberto dentro do tempo”.<sup>55</sup>

---

53 BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil.** Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo\\_e\\_constitucionalizacao\\_do\\_direito\\_pt.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf)>. Acesso em: 20 mai. 2018

54 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Cursode Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1420

55 \_\_\_\_\_ São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1420

A constituição não se limita as normas de organização do estado, é, também, a carta que consagra os direitos e garantias fundamentais e através de imposições e limitações aos poderes instituídos preserva a estabilidade política, em outras palavras: mas desempenha relevante papel como instrumento de estabilidade, de racionalização do poder e de garantia da liberdade. Não se trata, à evidência, de um sistema isento de lacunas. E, de certo modo, é essa ausência de regulamentação minudente que assegura a abertura constitucional necessária ao amplo desenvolvimento do processo político.<sup>56</sup>

Uma coisa é inconstitucional quando não está de acordo com a constituição. Embora não seja fácil compreender tal afirmação, mas, de forma mais didática, MENDES cita a doutrina de JORGE MIRANDA “a relação que se estabelece entre uma coisa — a Constituição — e outra coisa — um comportamento — que lhe está ou não conforme, que com ela é ou não compatível, que cabe ou não no seu sentido”<sup>57</sup>. Sendo, portanto, uma relação de antinormatividade e valorativa.

O controle de constitucionalidade é o instrumento, previsto na própria constituição, destinado a expurgar coisas inconstitucionais. Tal instrumento tem fundamento na supremacia constitucional formal e material sobre todo o direito positivo:

Noutras palavras, pela sua própria localização na base da pirâmide normativa, é a Constituição a instância de transformação da normatividade, puramente hipotética, da norma fundamental, em normatividade concreta, dos preceitos de direito positivo – comandos postos em vigor – cuja forma e conteúdo, por isso mesmo, subordinam-se aos ditames constitucionais. Daí se falar em supremacia constitucional *formal e material*, no sentido de que qualquer ato jurídico – seja ele normativo ou de efeito concreto -, para ingressar ou permanecer, validamente, no ordenamento, há se mostrar conforme aos preceitos da Constituição.<sup>58</sup>

Isto quer dizer que há um ordenamento jurídico que busca na constituição sua validade, o que implica numa hierarquização das normas jurídicas e coerência sistemática deste ordenamento. Em outras palavras, quando uma norma inferior não pode ser compatibilizada com a constituição, aquela deve ser expurgada.

---

56 \_\_\_\_\_ São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1421

57 \_\_\_\_\_ São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1422

58 \_\_\_\_\_ São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1423

“Se num ordenamento passam a existir normas incompatíveis, uma das duas ou ambas devem ser eliminadas. Se isso é verdade, significa que as normas de um ordenamento têm uma certa relação entre si, e essa relação é a relação de compatibilidade”.

Outro aspecto importante é a proteção dos direitos fundamentais via controle de constitucionalidade, "... a idéia de controle de constitucionalidade está ligada à supremacia da constituição sobre todo o ordenamento jurídico e também, a rigidez constitucional e proteção dos direitos fundamentais".<sup>59</sup>

Tratando-se de rigidez, está decorre da “distinção entre a obra do Constituinte e a obra do Legislador. A segunda, encontrando seu parâmetro de validade na primeira, não pode, quer sob o prisma material, quer sob o prisma formal, ignorá-la.” Clève (1995, p. 26)

#### **4.2 Manifestações do controle de constitucionalidade**

O controle de constitucionalidade pode tomar diferentes formas. Quanto ao órgão, ou seja, quem controla, pode ser: a) controle político; b) controle jurisdicional e c) controle misto.

O controle político, também chamado de francês, é o exercido por órgão político, ficando de fora o controle exercido pelo poder judiciário na função jurisdicional. Assim sendo, é o controle de constitucionalidade realizado nas Casas Legislativas, pelas Comissões de Constituição e Justiça ou, também, o veto oposto pelo Executivo a projeto de lei, com fundamento em inconstitucionalidade.

O controle pode ser conceituado quanto ao modo ou forma, sendo:  
a) incidental; ou b) principal.

No controle incidental é aquele trazido no contexto de uma demanda judicial. A inconstitucionalidade é argüida num incidente, sendo uma questão prejudicial a ser decidida pelo juiz no caso concreto. O controle incidental está muito ligado ao modelo difuso, de origem americana.

---

<sup>59</sup> MORAES, Alexandre de, **Curso de Direito Constitucional**. 9 Ed. São Paulo. Afias 201 . pág. 538

O controle principal tem como objeto principal a questão constitucional a ser analisada em ação própria do controle de constitucionalidade. Este é exercido, no Brasil, pelo Supremo Tribunal Federal, de forma concentrada, numa análise em abstrato (em tese) da questão constitucional.

Quanto ao momento do controle, ele se divide em: a) preventivo; e b) repressivo ou sucessivo.

O controle preventivo, dessarte, ocorre antes mesmo do ato normativo se aperfeiçoar. São exemplos de controle preventivo de constitucionalidade, no nosso sistema constitucional, são as atividades de controle dos projetos e proposições exercidas pelas Comissões de Constituição e Justiça das Casas do Congresso e o veto pelo Presidente da República com fundamento na inconstitucionalidade do projeto (CF, art. 66, § 1º).

No Brasil admite-se o controle preventivo por via judicial. Este acontece quando parlamentar impetra mandado de segurança com fins de impedir a tramitação de projeto de lei.

#### **4.3 Tipos de controle judicial de constitucionalidade**

O controle judicial de constitucionalidade, exercido por juízes ou cortes constitucionais, é fruto de experiências diversas. A doutrina o divide em: a) concentrado (modelo austríaco); b) difuso (modelo americano); e c) misto (modelo brasileiro e português).

O modelo austríaco ou concentrado é encarregado pelas cortes constitucionais, no caso brasileiro, o STF. Sobre as cortes supremas, não há um modelo único de composição, no Brasil é composta de 11 ministros com cargos vitalícios, indicados pelo Presidente da República e sabatinado pelo Senado Federal.

O controle concentrado ou abstrato apresenta-se por ação própria, sendo denominado de controle por via de ação. Esta tem matéria *in abstracto*, ou seja, é decidida em tese a matéria questão analisada. A decisão que dela surge tem eficácia *erga omnes* e efeitos, em regra, *ex tunc*.

A constituição de 1988 foi generosa e, de certo modo desconfiada do legislador, e instituiu uma extensa gama de ações de controle de direito de constitucionalidade.

O controle de constitucionalidade difuso ou americano é realizado por qualquer órgão judicial no caso concreto. Bem verdade, o julgador tem o poder-dever de afastar a norma se considerá-la inconstitucional.

Tal modelo é de matriz americana, especificamente, no caso *Marbury v. Madison*, de 1803, julgado pela suprema corte daquele país. Tal caso foi um marco pois rompeu com a tradição inglesa que privilegia a supremacia do parlamento:

A ruptura que a *judicial review* americana consagra com a tradição inglesa a respeito da soberania do Parlamento vai provocar uma mudança de paradigmas. A simplicidade da forma — reconhecimento da competência para aferir a constitucionalidade ao juiz da causa — vai ser determinante para a sua adoção em diversos países do mundo.

Por fim, o controle misto de constitucionalidade é fruto da junção entre os dois sistemas, o difuso e o concentrado. Tal modelo é adotado pelo Brasil e Portugal. No caso brasileiro, em especial, o STF é o responsável pelo controle direto e pelo controle difuso o STF e os demais órgãos na via incidental.

#### **4.4 Inconstitucionalidade formal e inconstitucionalidade material**

A Constituição impõe condições de procedimento e competência para que uma lei seja elaborada. A não observância de tais exigências resulta em vícios formais, que são aqueles que atingem a formação perfeita, conforme a regra, do ato normativo. Não afetam o conteúdo da norma, mas a forma de elaboração da norma. Na esteira de CANOTILHO:

Os vícios formais traduzem defeito de formação do ato normativo, pela inobservância de princípio de ordem técnica ou procedimental ou pela violação de regras de competência. Nesses casos, viciado é o ato nos seus pressupostos, no seu procedimento de formação, na sua forma final.<sup>60</sup>

---

60 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 738

A inconstitucionalidade material, por sua vez, é uma não observância de conteúdo com os valores, princípios e regras constitucionais. O legislador, em seu mister, tem sua liberdade delimitada pela constituição, não podendo o conteúdo proposto exceder tais limites, sob pena de inconstitucionalidade material.

Cabe conhecer o magistério de SARLET:

A lei, portanto, deve se pautar pela regra da proporcionalidade, não podendo exceder o limite do necessário a tutela dos fins almejados pela norma constitucional. Isto porque, ao excedê-los, estará ferindo direitos constitucionais limítrofes com o direito constitucional por ela tutelado. Quando ha dois modos para dar proteção ao direito constitucional, considera-se ilegítima a lei que, dando-lhe tutela, não e a que a traz a menor interferência ou restrição sobre outro direito. Assim, se a lei vai alem do necessário, há negação da cláusula de vedação de excesso.<sup>61</sup>

Prosseguindo no tema o mesmo professor:

De outro lado, o legislador não pode deixar de responder as exigências da norma constitucional, ou responder-lhes de modo insuficiente, deixando sem efetiva proteção o direito constitucional. Se isto ocorrer, a lei violara o direito fundamental na sua função de mandamento de tutela. Daí por que, quando esta tutela inexistente ou e insuficiente, ha violação da clausula de vedação de tutela insuficiente.<sup>62</sup>

Tratar da compatibilidade material da norma oriunda do Poder Legislativo, via controle judicial de constitucionalidade, é tema controverso. Não obstante, existe uma linha tênue entre o limite que separa um controle judicial legítimo, ativista ou demasiadamente contido.

Sobre o tema, discorre GILMAR MENDES:

É possível que o vício de inconstitucionalidade substancial decorrente do excesso de poder legislativo constitua um dos mais tormentosos temas do controle de constitucionalidade hodierno. Cuida-se de aferir a compatibilidade da lei com os fins constitucionalmente previstos ou de constatar a observância do princípio da proporcionalidade, isto é, de se proceder à censura sobre a adequação e a necessidade do ato legislativo.<sup>63</sup>

---

61 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.p.783

62 \_\_\_\_\_ São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.p.783

63 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1439.

A manifestação de inconstitucionalidade é usurpadora da legitimidade do legislativo quando estabelecida pelo excesso de poder, invadindo a seara da discricionariedade do legislador. Neste sentido, “a doutrina identifica como típica manifestação do excesso de poder legislativo a violação ao princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso, que se revela mediante contraditoriedade, incongruência, e irrazoabilidade ou inadequação entre meios e fins”.<sup>64</sup>

#### 4.5 Inconstitucionalidade por ação e inconstitucionalidade por omissão

A inconstitucionalidade pode se manifestar por ação ou por omissão. Por ação ocorre quando há uma norma, advinda de um ato do legislador, incompatível com a constituição. Por outro lado, a inconstitucionalidade por omissão ocorre quando há um mandamento constitucional de criar a norma voltado para o legislador, contudo este permanece na inação do dever de legislar. Na ADIn 1458, em que foi relator o Min. Celso de Mello, assentou-se que:

“o desrespeito a Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um *facere* (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias a realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público”.<sup>65</sup>

No Brasil, qualquer órgão judiciário poderá declarar a inconstitucionalidade por ação, contudo, quando se trata de omissão legislativa, a Constituição Federal de 1988 criou mecanismos de controle na forma direta e abstrata a ser realizado no STF via ação direta de

---

64 \_\_\_\_\_ São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1440.

65 STF, ADIn 1458, Pleno, rei. Min. Celso de Mello, £ 1/20.09.1996.

inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção.

#### 4.6 Surgimento e evolução do controle de constitucionalidade no mundo

O controle de constitucionalidade surgiu nos Estados Unidos da América antes de surgir na Europa. Embora não tenha previsão constitucional, foi proposto por Hamilton nos *Federalist Papers* e posto em prática por ocasião do caso *Madison v. Marbury*, com destacada participação do Juiz Marshall.

Porém, há de se registrar o caso *Bonham*, passado na Inglaterra, anterior ao *Madison v. Marbury*, onde Edward Coke declarou que as leis estão submetidas a um direito superior, o *common law*, devendo ser consideradas nulas o caso o afrontem:

“em muitos casos, o *common law* controlara os atos do parlamento, e algumas vezes os julgara absolutamente nulos: visto que, quando um ato do parlamento for contrario a algum direito ou razão comum, ou repugnante, ou impossível de ser aplicado, o *common law* ira controlá-los e julgá-los como sendo nulos”.<sup>66</sup>

A Revolução Gloriosa, de 1688, deu destaque ao parlamento, porém, devido a tradição do *common law* estar bem enraizada, não houve uma diminuição de importância do poder judiciário, como ocorreu na Revolução Francesa:

Na verdade, os legisladores e os juizes, na Inglaterra, uniram-se contra o poder do monarca em prol dos direitos do povo. Assim, a noção de supremacia do parlamento inglês nada tem a ver com a idéia de supremacia do parlamento na Franca, que traz consigo outra intenção, a de calar os juizes, que, mesmo apos a Revolução Francesa, eram vistos com grande desconfiança em virtude de suas ligações espúrias com o antigo regime.<sup>67</sup>

Dessarte, o principio da *supremacy of the English parliament* não teve a ambição de submeter o judiciário ao parlamento, pois os juizes afirmavam o *common law* até mesmo contra a lei, se fosse necessário. Na Inglaterra o princípio da supremacia do parlamento “teve a intenção de passar a noção de supremacia do direito sobre o monarca e não o propósito de significar onipotência da lei ou absolutismo do parlamento”.<sup>68</sup>

---

66 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.p.709

67 \_\_\_\_\_ São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.p.710

68 \_\_\_\_\_ São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.p.712

Nas colônias inglesas foram proibidas de criar normas contrárias ao direito inglês. A supremacia do parlamento inglês impunha-se, mediante as Cartas, de forma a não permitir a aplicação judicial de leis coloniais contrastantes.

Contudo, as colônias americanas proclamaram independência, em 1776, sendo as cartas substituídas pelas novas constituições. Ocorre que os juízes já tinham a praxe de decretar a nulidade de atos normativos que contrariassem o direito Inglês. Esta prática, já enraizada, permaneceu e “tornou-se praticamente “natural” controlar as leis que contrariassem as Constituições dos Estados que acabavam de adquirir independência”.

Neste cenário vai germinar o controle judicial de constitucionalidade no caso *Madison v. Marbury*.

#### **4.7 Do princípio da supremacia do parlamento**

O princípio da supremacia do parlamento ganhou significados distintos nas Revoluções inglesa e francesa. Na França houve uma cisão entre o direito do antigo regime e o direito novo proposto pelos revolucionários, por outro lado, na Revolução Inglesa não se teve a ambição de criar um novo direito, pelo contrário, a intenção era de afirmar a common law por vezes descumprida pelo monarca.

“Como dito, a afirmação do parlamento, sublinhada pela Revolução inglesa de 1688, não teve o propósito de marcar o início de um novo direito. O seu caráter foi conservador. A Revolução inglesa não foi dotada de verdadeiro “espírito revolucionário”; não desejou desconsiderar o passado e destruir o direito já existente, mas, ao contrário, confirmá-lo e fazê-lo valer contra um monarca que não o respeitava”.

Na Inglaterra a ordem revolucionária era submeter o rei ao parlamento, criar limites de atuação e instituir critérios que regulassem a relação entre o parlamento e o monarca:

Neste ordenamento tem destaque o celebre *Bill of Rights*, editado no primeiro ano da Revolução, em 1689, ao qual Guilherme de Orange foi obrigado a se submeter para ascender ao trono, mediante uma espécie de acordo entre o rei e o parlamento, visto como representante do povo.<sup>69</sup>

---

69 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.p.705

Na França a luta contra o absolutismo monárquico resultou num rompimento radical com o antigo regime. Os revolucionários ousavam criar um novo estado alicerçado na supremacia do parlamento e do princípio absoluto da legalidade. Sobre o tema, MARINONI cita o magistério de Zagrebelsky:

“na tradição da Europa continental a luta contra o absolutismo significou a pretensão de substituir o rei por outro poder absoluto, a Assembléia Soberana, ao passo que, na Inglaterra, a batalha contra o absolutismo consistiu em opor, as pretensões do rei, os privilégios e liberdades tradicionais dos ingleses, representados e defendidos pelo parlamento”.

Naquele cenário de rompimento total com o absolutismo, os revolucionários tinham considerável desconfiança dos juizes franceses, haja vista estes serem tidos como aliados do Rei, portanto, neste contexto político, foi dado colossal prestígio ao princípio da legalidade e os juizes, conforme Montesquieu, são *la bouche qui prononce les paroles de la loi*.

Na lição de MARINONI:

Como a lei era imprescindível para a realização dos escopos da Revolução francesa, e os juizes não mereciam confiança, a supremacia do parlamento ai foi vista como sujeição do juiz a lei, proibido que foi, inclusive, de interpretá-la para não distorcê-la e, deste modo, frustrar os objetivos do novo regime.

O princípio da separação dos poderes, proposto por Montesquieu, tem relação fulcral com a supremacia do parlamento e o principio da legalidade. Ambos os princípios são importantes na construção do direito moderno, porém com significados distintos nas revoluções francesa, inglesa e americana.

Como dito, na França houve incisiva desconfiança sobre os juizes do antigo regime, MARINONI traz à tona afirmações de Robespierre e Le Chaplier, líderes da revolução francesa, cuja fala compreende: “apenas a lei escrita seria valida e que *o judge-made law* era a mais detestável das instituições, devendo ser destruído”.<sup>70</sup>

---

70 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de**

Percebe-se que almejavam uma separação rígida entre os poderes, tendo o legislativo, representantes do povo, supremacia sobre os demais.

O juiz deveria julgar de forma objetiva, em outras palavras, deveria exercer uma atividade puramente racional, de modo que ao aplicar a lei não criasse, deveras, um novo direito.

Segundo o magistério de MARINONI:

“Essa atividade não seria limitada apenas pela legislação, mas também pela atividade executiva, que teria o poder de executar as decisões que constituem o “poder de julgar”. Nesse sentido, o poder dos juízes ficaria limitado a afirmar o que já havia sido dito pelo legislativo, devendo o julgamento ser apenas “um texto exato da lei”. Por isso, Montesquieu acabou concluindo que o “poder de julgar” era, de qualquer modo, um “poder nulo” (*enquelquefacon, nulle*)? Assim, conferiu-se o poder de criar o direito apenas ao legislativo. A prestação judicial deveria se restringir a mera declaração da lei, deixando-se ao executivo a tarefa de executar as decisões judiciais.”<sup>71</sup>

Neste contexto, cresce de importância o princípio da legalidade na medida que, doravante, as leis devem ser claras e completas, capazes de regular todas as situações litigiosas, a fim de reduzir o juiz a um mero reproduzidor da lei.

“A Lei Revolucionária de agosto de 1790 não só afirmou que “os tribunais judiciários não tomarão parte, direta ou indiretamente, no exercício do poder legislativo, nem impedirão ou suspenderão a execução das decisões do poder legislativo” (Título II, art. 10), mas também que os tribunais “reportar-se-ão ao corpo legislativo sempre que assim considerarem necessário, a fim de interpretar ou editar uma nova lei” (Título II, art. 12). Afirmou-se que o juiz, ao não poder identificar a norma aplicável a solução do caso, deveria recorrer ao legislativo. Supunha-se, e claro, que estas situações seriam raras, e que - depois de um tempo de consultas ao legislativo - tenderiam a desaparecer”.<sup>72</sup>

Ademais, em 1790, instituiu-se a Corte de Cassação francesa, órgão não pertencente ao poder judiciário, porém tinha como escopo anular decisões judiciais consideradas distorcidas

---

**Direito Constitucional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.p.754

71 \_\_\_\_\_ São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.p.757

72 \_\_\_\_\_ São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.p.723

com a letra da lei, constituindo instituição destinada a proteger a supremacia do parlamento e da legalidade estrita.

“Esta primeira natureza - não jurisdicional - da Cassação era compatível com a sua função de apenas cassar ou anular as decisões judiciais que dessem sentido indesejado a lei. Sem obrigar o juiz a requerer a devida interpretação, impedia-se que as decisões que não se limitassem a aplicar a lei tivessem efeitos. Em vez de se utilizar o instrumento da “consulta interpretativa autorizada”, preferia-se algo mais factível, isto é, cassar a interpretação equivocada”.<sup>73</sup>

Nos Estados Unidos, portanto, a coisa muda de figura. Apesar de admitirem a separação dos poderes, não houve um rompimento com o direito: o common law. Os juízes não foram recebidos, pelo novo regime, com desconfiança, pelo contrário, eram até mesmo considerados aliados na limitação do arbítrio, como explica John Henry Merryman citado por MARINONI:

“Nos Estados Unidos e na Inglaterra existia um diferente tipo de tradição judicial, na qual os juízes muitas vezes constituíram uma força progressiva, ao lado do indivíduo, contra o abuso do poder pelo governante e tiveram importante papel na centralização do poder governamental e na destruição do feudalismo. O medo do *law making judicial* e da interferência judicial na administração não existia. O poder dos juízes de dar forma ao desenvolvimento do *common law* era uma instituição familiar e bem-vinda. O judiciário americano, ao contrário do francês, não foi um alvo revolucionário”.<sup>74</sup>

Ademais, adotou-se nos EUA a matriz jusnaturalista da constituição, sendo assim, a constituição escrita tinha o status de lei fundamental e, por carregar os direitos fundamentais do homem, não poderia ser contrariada nem mesmo pelo parlamento.

#### **4.8 O caso *Marbury v. Madison* e a doutrina *Marshall***

O destacado caso *Marbury v. Madison*, sucedido em 1803, julgado pela Suprema Corte americana sob a presidência do juiz John Marshall, é considerado o primeiro precedente judicial que permite, com clareza de raciocínio, que todo juiz pode e deve negar a validade de lei que considerar incompatível com a constituição.

Não temos a pretensão de conhecer o litígio que motivou o corrente julgado, contudo, é

---

73 \_\_\_\_\_ São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.p.723

74 \_\_\_\_\_ São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.p.725

de suma importância conhecer a tese firmada a partir deste famigerado caso.

A tese firmada é denominada como doutrina Marshal e consiste no seguinte:

“...todo juiz tem poder e dever de negar validade a lei que, mostrando-se indispensável para a solução do litígio, afrontar a Constituição. O raciocínio empregado por Marshall apresenta duas proposições alternativas. Ou a Constituição e a lei suprema, incapaz de ser modificada mediante os meios ordinários, e desta forma a lei que lhe e contrária não e uma lei, ou a Constituição esta no mesmo nível das leis ordinárias, e, como estas, pode ser modificada quando desejar o legislador”.

Da seguinte afirmação surge relevante indagação: se a lei ordinária que afrontar a constituição é nula, como o juiz deve proceder em face de tal lei? A resposta dada foi: o juiz não deve aplicá-la no caso concreto. Desta forma permitiu-se que o judiciário, último definitivo interprete da lei, ignorasse leis inconstitucionais.

Tal tese foi pioneira em dar a constituição o status de norma superior com força normativa capaz de expurgar leis inferiores. É considerado o primeiro precedente judicial que permite o controle judicial de constitucionalidade de atos normativos, consagrando o controle difuso. “Com a noção de Constituição rígida desperta o sistema contemporâneo de controle judicial da constitucionalidade das leis, umas das expressões mais importantes do moderno constitucionalismo”.<sup>75</sup>

#### **4.9 Teoria da anulabilidade (sistema austríaco) e teoria da nulidade (sistema norte-americano)**

O sistema norte-americano alinhou-se a idéia de que o juiz não anula um ato normativo contrario a constituição, conforme CAPPELLETTI citado por LENZA:

“... a lei inconstitucional, porque contrária a uma *norma superior*, é considerada *absolutamente nula* (‘null and void’) e, por isto, *ineficaz*, pelo que o juiz, que exerce o poder de controle, não anula, mas, meramente, *declara (preexistente) nulidade da lei inconstitucional*”.<sup>76</sup>

Contudo, no sistema austríaco, diferentemente do sistema americano, vigora a tese que

---

75 \_\_\_\_\_ São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.p.728

76 LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 372

o juiz anula uma lei inconstitucional, portanto esta é válida até que seja anulada:

“... a Corte Constitucional não declara uma nulidade, mas *anula, cassa* (‘aufhebt’) uma lei que, até o momento em que o pronunciamento da Corte não seja publicado, é *válida e eficaz*, posto que inconstitucional (*sic*). Não é só: mas — coisa ainda mais notável — a Corte Constitucional austríaca tem, de resto, o poder discricionário de dispor que a anulação da lei opere somente a partir de uma determinada data *posterior* (‘Kundmachung’) de seu pronunciamento, contanto que este diferimento de eficácia constitutiva do pronunciamento não seja superior a um ano...”.<sup>77</sup>

Diferenças conceituais entre o sistema austríaco e norte-americano na esteira do professor LENZA:

“... no Sistema Austríaco, de KELSEN: a decisão tem eficácia constitutiva (caráter constitutivo-negativo); por regra, o vício de inconstitucionalidade é aferido no plano da eficácia; por regra, decisão que reconhece a inconstitucionalidade produz efeitos *ex nunc* (prospectivos); a lei inconstitucional é ato anulável (a anulabilidade pode aparecer em vários graus); lei provisoriamente válida, produzindo efeitos até a sua anulação; e o reconhecimento da ineficácia da lei produz efeitos a partir da decisão ou para o futuro (*ex nunc* ou *pro futuro*), sendo *erga omnes*, preservando-se, assim, os efeitos produzidos até então pela lei”.<sup>78</sup>

Segundo o mesmo professor:

“... no Sistema norte-americano, de MARSHALL: a decisão tem eficácia declaratória de situação preexistente; por regra, o vício de inconstitucionalidade é aferido no plano da validade; por regra, decisão que declara a inconstitucionalidade produz efeitos *ex tunc* (retroativos); a lei inconstitucional é ato nulo (*null and void*), ineficaz (nulidade *ab origine*), írrito e, portanto, desprovido de força vinculativa; invalidação *ab initio* dos atos praticados com base na lei inconstitucional, atingindo-a no berço; e a lei, por ter nascido morta (*natimorta*), nunca chegou a produzir efeitos (não chegou a viver), ou seja, apesar de existir, não entrou no plano da eficácia”.<sup>79</sup>

#### **4.10 Flexibilização da teoria da nulidade no direito brasileiro**

Convém salientar que, no Brasil e no mundo, houve flexibilização da teoria da anulabilidade e nulidade. No caso brasileiro, a flexibilização da teoria da nulidade justificou-se com fundamento nos princípios da segurança jurídica, interesse social e boa-fé.

---

77 \_\_\_\_\_ 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 373

78 \_\_\_\_\_ 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 374

79 \_\_\_\_\_ 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.  
p. 374

É este o teor do art. 27 da Lei n. 9.868/99:

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

A doutrina também se posicionou sobre o tema no sentido de que não a ineficácia da norma declarada nula não pode ser entendida de forma absoluta, é assim o magistério de LÚCIO BITTENCOURT trazido por LENZA:

“... doutrina da *ineficácia ab initio* da lei inconstitucional não pode ser entendida em termos absolutos, pois que os efeitos *de fato* que a norma produziu não podem ser suprimidos, sumariamente, por simples obra de um decreto judiciário”.<sup>80</sup>

O instituto é denominado, pela doutrina, técnica de modulação dos efeitos da decisão, cujo escopo é assegurar princípios constitucionais caros, dentre eles, os da segurança jurídica, do interesse social e da boa-fé.

#### **4.11 Brevíssima análise da evolução do controle de constitucionalidade no direito brasileiro**

##### **4.11.1 Constituição de 1824**

A Constituição Imperial de 1824 não estabeleceu nenhum sistema de controle de constitucionalidade. Segundo o professor PEDRO LENZA, tal constituição consagrou o “dogma da soberania do Parlamento, já que, sob a influência do direito francês (*a lei como expressão da vontade geral*)” e do inglês (*supremacia do Parlamento*), somente o Órgão Legislativo poderia saber o verdadeiro sentido da norma”.

Contudo, segundo o magistério de Clèmerson Merlin Clève:

“não foi apenas o dogma da soberania do Parlamento que impediu a emergência da fiscalização jurisdicional da constitucionalidade no Império. O Imperador, enquanto detentor do Poder Moderador, exercia uma função de coordenação; por isso, cabia a ele (art. 98) manter a ‘independência, o equilíbrio e a harmonia entre os demais poderes’. Ora, o papel constitucional atribuído ao Poder Moderador, ‘chave de toda

---

80 \_\_\_\_\_ 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 377

a organização política' nos termos da Constituição, praticamente inviabilizou o exercício da função de fiscalização constitucional pelo Judiciário. Sim, porque, nos termos da Constituição de 1824, ao Imperador cabia solucionar os conflitos envolvendo os Poderes, e não ao Judiciário". Portanto, completa o ilustre jurista, "o dogma da 'soberania do Parlamento', a previsão de um Poder Moderador e mais a influência do direito público europeu, notadamente inglês e francês, sobre os homens públicos brasileiros, inclusive os operadores jurídicos, explicam a inexistência de um modelo de fiscalização jurisdicional da constitucionalidade das leis no Brasil ao tempo do Império".<sup>81</sup>

#### 4.11.2 Constituição de 1891

Com o fim do império e ascensão da república, constitui-se, sob a influência do direito norte-americano, a primeira constituição republicana do Brasil, em 1891. Como dito, tal carta foi influenciada pelo constitucionalismo norte-americano, sendo assim, "consagrou o controle de constitucionalidade difuso, repressivo, posterior, ou aberto, pela via de exceção ou defesa, pelo qual a declaração de inconstitucionalidade se implementa de modo incidental (*incidenter tantum*), prejudicialmente ao mérito". Lenza 380<sup>82</sup>

GILMAR MENDES deu destaque ao que leciona RUI BARBOSA, em 1893, sobre o controle difuso de constitucionalidade, inovação trazida pela constituição de 1891:

"O único lance da Constituição americana, onde se estriba ilativamente o juízo, que lhe atribui essa intenção, é o do art. III, seq. 2ª, cujo teor reza assim: 'O poder judiciário estender-se-á a todas as causas, de direito e equidade, que nasceram desta Constituição, ou das leis dos Estados Unidos'. Não se diz aí que os tribunais sentenciarão sobre a validade, ou invalidade, das leis. Apenas se estatui que conhecerão das causas regidas pela Constituição, como conformes ou contrárias a ela. Muito mais concludente é a Constituição brasileira. Nela não só se prescreve que 'Compete aos juizes ou tribunais federais processar e julgar as causas, em que alguma das partes fundar a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição Federal' (art. 60, a); como, ainda, que 'Das sentenças das justiças dos Estados em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal, quando se questionar sobre a validade de tratados e leis federais, e a decisão do tribunal do Estado for contrária (art. 59, § 1º, a)'. A redação é claríssima. Nela se reconhece, não só a competência das justiças da União, como a das justiças dos Estados, para conhecer da legitimidade das leis perante a Constituição. Somente se estabelece, a favor das leis federais, a garantia de que, sendo contrária à subsistência delas a decisão do tribunal do Estado, o feito pode passar, por via de recurso, para o Supremo Tribunal Federal. Este ou revogará a sentença, por não procederem as razões de nulidade, ou a confirmará pelo motivo oposto. Mas, numa ou noutra hipótese, o princípio fundamental é a autoridade reconhecida expressamente no texto constitucional, a todos os tribunais, federais, ou locais, de discutir a constitucionalidade das leis da

---

81 CLÉVE, C. M. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro.** Revista dos Tribunais, 2002.p.36 p. 63-64.

82 LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 380

União, e aplicá-las, ou desaplicá-las, segundo esse critério. É o que se dá, por efeito do espírito do sistema, nos Estados Unidos, onde a letra constitucional, diversamente do que ocorre entre nós, é muda a este propósito”.<sup>83</sup>

Ainda no magistério de RUI BARBOSA: “Os tribunais não intervêm na elaboração da lei, nem na sua aplicação geral. Não são órgãos consultivos nem para o legislador, nem para a administração (...)”. E sintetizava, ressaltando que a *judicial review* “é um poder de hermenêutica, e não um poder de legislação”.<sup>84</sup>

#### 4.11.3 Constituição de 1934

A Constituição de 1934 manteve o controle difuso de constitucionalidade, contudo, inovou estabelecendo a ação direta de inconstitucionalidade interventiva, a denominada cláusula de reserva de plenário (a declaração de inconstitucionalidade só poderia ser pela maioria absoluta dos membros do tribunal) e a atribuição ao Senado Federal de competência para suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou ato declarado inconstitucional por decisão definitiva.

Conforme leciona GILMAR MENDES:

“Talvez a mais fecunda e inovadora alteração introduzida pelo Texto Magno de 1934 se refira à “declaração de inconstitucionalidade para evitar a intervenção federal”, tal como a denominou Bandeira de Mello, isto é, a representação interventiva, confiada ao Procurador-Geral da República, nas hipóteses de ofensa aos princípios consagrados no art. 7º, I, *a a h*, da Constituição. Cuidava-se de fórmula peculiar de composição judicial dos conflitos federativos, que condicionava a eficácia da lei interventiva, de iniciativa do Senado (art. 41, § 3º), à declaração de sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal (art. 12, § 2º). Assinale-se, por oportuno, que, na Assembleia Constituinte, o Deputado Pereira Lyra apresentou emenda destinada a substituir, no art. 12, § 2º, a expressão tomar conhecimento da lei que a decretar e lhe declarar a constitucionalidade por tomar conhecimento da lei local argüida de infringente desta Constituição e lhe declarar a inconstitucionalidade”.<sup>85</sup>

Outra novidade é proposta de instituição de uma corte constitucional de modelo austríaco:

---

83 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1473

84 \_\_\_\_\_ **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1473

85 \_\_\_\_\_ **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1476

Finalmente, afigura-se relevante observar que, na Constituinte de 1934, foi apresentado projeto de instituição de uma Corte Constitucional inspirada no modelo austríaco. Na fundamentação da proposta referia-se diretamente à conferência de Kelsen sobre a essência e o desenvolvimento da jurisdição constitucional (*Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*).<sup>86</sup>

#### 4.11.4 Constituição de 1937

A constituição de 1937, conhecida como Polaca, por ter sido inspirada na Carta ditatorial polonesa de 1935, é tida como retrograda no que tange aos princípios constitucionais de garantias individuais e limitação do arbítrio.

Contudo, manteve o sistema difuso de constitucionalidade, porém trouxe uma possibilidade do Poder Executivo submeter ao Parlamento o reexame de leis declaradas inconstitucionais pelo Poder Judiciário, nos termos do parágrafo único do art. 96 da Constituição de 1937:

“no caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal”.

Outra inovação que mitigava o controle judicial de constitucionalidade foi trazida pelo art. 94 da Constituição de 1937: “*É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas*”.

Por fim, cumpre destacar outras limitações que dificultavam a atuação judicial:

“e o mandado de segurança perdeu a qualidade de garantia constitucional, passando a ser disciplinado pela legislação ordinária. E o Código de Processo Civil, de 1939, excluiu da apreciação judicial, na via mandamental, os atos do Presidente da República, dos ministros de Estado, dos governadores e interventores dos Estados (art. 319)”.<sup>87</sup>

#### 4.11.5 Constituição de 1946

A Constituição de 1946 redemocratizou o país e se aproximou dos pilares do

---

86 \_\_\_\_\_ **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1476

87 \_\_\_\_\_ **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1478

constitucionalismo. No que tange o controle judicial de constitucionalidade, assevera LENZA:

Através da EC n. 16, de 26.11.1965, criou-se no Brasil uma nova modalidade de ação direta de inconstitucionalidade, de competência originária do STF, para processar e julgar originariamente a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, federal ou estadual, a ser proposta, exclusivamente, pelo Procurador Geral da República. Estabeleceu-se, ainda, a possibilidade de controle concentrado em âmbito estadual.<sup>88</sup>

GILMAR MENDES leciona que a constituição de 1946 restaura a tradição do controle judicial de constitucionalidade no direito brasileiro:

“A par da competência de julgar os recursos ordinários (art. 101, II, *a, b e c*), disciplinou-se a apreciação dos recursos extraordinários: “*a*) quando a decisão for contrária a dispositivo desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal; *b*) quando se questionar sobre a validade de lei federal em face desta Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada; e *c*) quando se contestar a validade de lei ou ato de governo local em face desta Constituição ou de lei federal, e a decisão recorrida julgar válida a lei ou o ato”. Preservou-se a exigência da maioria absoluta dos membros do Tribunal para a eficácia da decisão declaratória de inconstitucionalidade (art. 200). Manteve-se, também, a atribuição do Senado Federal para *suspender a execução* da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal (art. 64), prevista, inicialmente, na Constituição de 1934”.

A representação interventiva, introduzida na constituição de 1934, ganhou novos contornos na constituição de 1946, é o que preleciona MENDES:

“A Constituição de 1946 emprestou nova conformação à ação direta de inconstitucionalidade, introduzida, inicialmente, no Texto Magno de 1934. Atribuiu-se ao Procurador-Geral da República a titularidade da representação de inconstitucionalidade, para os efeitos de intervenção federal, nos casos de violação dos seguintes princípios: *a*) forma republicana representativa; *b*) independência e harmonia entre os Poderes; *c*) temporariedade das funções eletivas, limitada a duração destas à das funções federais correspondentes; *d*) proibição da reeleição de governadores e prefeitos para o período imediato; *e*) autonomia municipal; *f*) prestação de contas da Administração; *g*) garantias do Poder Judiciário (art. 8º, parágrafo único, *c/c* o art. 7º, VII).”<sup>89</sup>

Posteriormente, em 1965, foi incluída na constituição de 1946 a emenda nº16 que

---

88 LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 381

89 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Cursode Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1478.

alterava o controle judicial de constitucionalidade:

“A Emenda n. 16, de 26-11-1965, instituiu, ao lado da representação interventiva, e nos mesmos moldes, o controle abstrato de normas estaduais e federais. Parte das mudanças recomendadas já havia sido introduzida pelo Ato Institucional n. 2, de 27-10-1965. A Exposição de Motivos encaminhada pelo Ministro da Justiça, Dr. Juracy Magalhães, ao Presidente da República ressaltava que “a atenção dos reformadores tem-se detido enfaticamente na sobrecarga imposta ao Supremo Tribunal e ao Tribunal de Recursos”.<sup>90</sup>

#### **4.11.6 Constituição de 1967 e EC n. 1/69**

A Constituição de 1967 não trouxe nenhuma grande alteração em relação ao controle judicial de constitucionalidade, contudo, vale destacar a EC n. 1/69 que tornou possível o controle de constitucionalidade de lei municipal, em face da Constituição Estadual, para fins de intervenção no Município.

#### **4.11.7 Constituição de 1988**

A Constituição de 1988, promulgada pela *Assembleia Nacional Constituinte*, munuiu o cidadão com amplo rol de instrumentos processuais garantidores de direitos fundamentais. MARINONI elenca tais dispositivos:

O mandado de segurança foi estendido aos direitos coletivos, passando a poder ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados (art. 5.º, LXX). Instituiu-se o mandado de injunção para proteger direito assegurado pela Constituição quando a omissão de órgão com poder normativo estiver obstaculizando a sua tutela (art. 5.º, LXXI). Criou-se o *habeas data* para assegurar o conhecimento de informações relativas a pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público e para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo (art. 5.º, LXXII). Consagrou-se a ação popular, como meio destinado a proteção da coisa pública, deferindo-se legitimidade a qualquer cidadão para a sua propositura (art. 5.º, LXXIII).<sup>91</sup>

No que concerne ao controle judicial de constitucionalidade, a constituição de 1988 também inovou ampliando consideravelmente as possibilidades de proteção as normas

---

90 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Cursode Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1481

91 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.p.757

constitucionais. LENZA sintetiza tais mudanças:

“Em relação ao controle concentrado em âmbito federal, ampliou a legitimação para a propositura da representação de inconstitucionalidade, acabando com o monopólio do Procurador-Geral da República. Em consonância com o art. 103 da CF/88, o art. 2.º da Lei n. 9.868, de 10.11.1999, legalizando o entendimento jurisprudencial da Suprema Corte, dispõe que a ação direta de inconstitucionalidade poderá ser proposta pelos seguintes legitimados: *Presidente da República; Mesa do Senado Federal; Mesa da Câmara dos Deputados; Mesa de Assembleia Legislativa ou Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal; Governador de Estado ou Governador do Distrito Federal; Procurador-Geral da República; Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.*”<sup>92</sup>

Sobre as omissões legislativas, pontua:

“Estabeleceu-se, também, a possibilidade de controle de constitucionalidade das omissões legislativas, seja de forma concentrada (*ações diretas de inconstitucionalidade por omissão — ADO*, nos termos do art. 103, § 2.º), seja de modo incidental, pelo controle difuso (*mandado de injunção — MI*, na dicção do art. 5.º, LXXI — sobre a evolução da utilização do mandado de injunção, cf. *item 14.11.5*).

Em relação a legitimidade dos Estados no controle de constitucionalidade:

“Nos termos do art. 125, § 2.º, os Estados poderão instituir a representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedando, contudo, a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.”

Inovou, também, criando a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), no parágrafo único do art. 102:

Esta ação coloca-se ao lado das demais ações do controle concentrado, tendo o objetivo de suprir as necessidades de controle abstrato de constitucionalidade. Assim, por exemplo, possui relevante função diante do direito pré-constitucional e do direito municipal, uma vez que, no primeiro caso, a ação direta de

---

92 LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 387

inconstitucionalidade não é admitida pelo STF em vista da idéia de ser contraditório declarar inconstitucional norma que foi não recepcionada por incompatibilidade com o novo texto constitucional, e, no segundo, a constitucionalidade tem como parâmetro de controle somente a Constituição Estadual (art. 125, § 2.º, da CF).<sup>93</sup>

Com a emenda constitucional nº 3 de 1993 estabeleceu a ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e reenumerou o parágrafo único do art. 102 da CF/88, transformando-o em § 1.º, mantendo a redação original da previsão da ADPF, nos seguintes termos: “a arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”.

Por fim, com a emenda constitucional nº 45 de 2004, reforma do Judiciário, ampliou a legitimação ativa para o ajuizamento da ADC (ação declaratória de constitucionalidade), igualando aos legitimados da ADI (ação direta de inconstitucionalidade).

Portanto, o Brasil combinou o sistema norte-americano com o sistema austríaco que fez surgir um peculiar sistema misto de constitucionalidade.

## CAPÍTULO 5 – ATIVISMO JUDICIAL

### 5.1 Explicando o fenômeno do ativismo judicial

Não é fácil conceituar objetivamente o termo ativismo judicial. A par disto, num esforço de síntese, a expressão está associada à concepção de ir além do que é legítimo, em outras palavras, o Poder Judiciário mantém uma postura ativista quando extrapola sua margem constitucional de atuação e passa a intervir em campo reservado à outros poderes.

Por conta disto, a expressão é associada adjetivos depreciativos. Rotular o Poder Judiciário de ativista é uma forma de negativá-lo, fazendo crer a jurisdição é exercida de forma invasiva e arbitrária.

O termo ativismo judicial foi proposto jornalista norte-americano, Arthur Schlesinger Jr., num artigo escrito na revista *Fortune* em janeiro de 1947, intitulado *The Supreme Court*:

---

93 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.p.1127

Contrapondo a idéia de ativismo vem a expressão auto-contenção judicial. Sobre o termo, o professor BARROSO, com brilhantismo peculiar, preleciona:

“A idéia 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. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.” <sup>95</sup>

Importante ressaltar que historicamente a discussão sobre o ativismo judicial sempre ocorre num contexto de tensão política que se perfaz no Poder Judiciário. Assim ocorreu nos EUA e vem ocorrendo na atualidade brasileira.

Em 1983, Brandley C. Canon, escrevendo sobre ativismo judicial, dimensionou o que seria tal postura:

O chamado ativismo tem seis dimensões, sendo elas: 1) Majoritarismo: as regras adotadas por meio de um processo democrático são negadas pelo Poder Judiciário; 2) Estabilidade Interpretativa: recentes decisões judiciais, doutrinas e interpretações são alteradas; 3) Fidelidade Interpretativa: disposições constitucionais são interpretadas em contrariedade à intenção dos seus autores ou ao sentido da linguagem usada; 4) Distinção do Processo Democrático Substantivo: as decisões judiciais se convertem mais numa regra substantiva do que na mera preservação do processo político democrático. 5) Regra Específica: a decisão judicial estabelece regras próprias típicas da discricionariedade dos agentes governamentais; 6) Disponibilidade de um Poder alternativo de criação de políticas públicas: a decisão judicial suplanta considerações sérias voltadas a problemas de competência das outras instâncias de governo. <sup>96</sup>

---

94 LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou altivez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal**. 2008. 160 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Instituto Brasiliense de Direito Público, Mestrado Acadêmico em Direito.

95 BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf>>. Acesso em: 25 mai. 2018

96 LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou altivez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal**. 2008. 160 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Instituto Brasiliense de Direito Público, Mestrado Acadêmico em Direito.

Esmiuchando as seis dimensões e trazendo ao contexto brasileiro, concluiríamos pelo não aproveitamento da tese, haja vista os contornos do constitucionalismo por aqui praticado.

Quando se tratou de majoritarismo correlacionando-o com a idéia de negação do processo democrático pelo Poder Judiciário, o autor não se atentou para o controle judicial de constitucionalidade que, com clareza, é um instrumento de limitação do legislador exercido através da atividade jurisdicional. Tal poder é conferido pela própria constituição, não sendo, portanto, mister deslegítimo. Cabe ressaltar que a própria atividade legislativa encontra, na constituição, diversos mecanismos de limitação material e formal na elaboração de atos normativos que, quando não observados, cabe aos juízes, em especial a Suprema Corte, retirar tais atos no controle de constitucionalidade.

Sobre o princípio majoritário sustenta BARROSO:

“A democracia não se assenta somente no princípio majoritário, mas também na realização de valores substantivos, na concretização dos direitos fundamentais e na observância dos procedimentos que assegurem a participação livre e igualitária de todas as pessoas no processo decisório. A tutela desses valores, direitos e procedimentos é o fundamento de legitimidade da jurisdição constitucional.”

Na segunda dimensão ele trata da estabilidade interpretativa, taxando de ativista o judiciário que muda constantemente a própria jurisprudência. Contudo, apesar das consequências negativas de uma jurisprudência volátil e insegura, não se pode correr o risco de amarrar de forma rígida o entendimento da suprema corte.

Na reclamação constitucional nº 2617, Agr/MG, o ministro relator CEZAR PELUSO asseverou sobre o fenômeno da fossilização da interpretação constitucional:

“a consequência é particularmente grave: as constituições, enquanto planos normativos voltados para o futuro, não podem de maneira nenhuma perder a sua flexibilidade e abertura. Naturalmente e na medida do possível, convém salvaguardar a continuidade dos standards jurisprudenciais: alterações de rota, decisões overruling demasiado repentinas e brutais contrastam com a própria noção de jurisdição. A percepção da continuidade como um valor não deve, porém, significar uma visão petrificada da jurisprudência ou uma indisponibilidade dos

tribunais para atender às solicitações provenientes do ambiente”.<sup>97</sup>

Portanto, não cabe rotular como ativista uma corte que supera a própria jurisprudência.

A terceira dimensão apontada fala em “Fidelidade Interpretativa”, levando a crer que o interprete da constituição tem o dever de buscar a vontade do constituinte. Tal posição é originalista, ou seja, a correta hermenêutica é aquela alinhada com as origens da norma interpretada.

Contudo, tal afirmação é incabível, haja vista a sociedade estar em constante transformação, exigindo, portanto, flexibilidade constitucional sob pena de termos que elaborar novas constituições a cada geração que se suceder.

Outro critério apontado tratou de decisões judiciais com enunciados substanciais. Destarte, temos uma constituição analítica que tratou de uma imensidão de coisas da vida. Inconcebível seria não se firmar no direito brasileiro, em face desta constituição, decisões judiciais substancialistas, haja vista ser decorrência natural do desenho institucional trazido pela constituição.

Ainda na análise das seis dimensões, a quinta propõe que a postura ativista se nota quando uma decisão judicial estabelece regras próprias típicas da discricionariedade dos agentes governamentais. Porém, como se sabe, não há como aferir limites claros num ambiente favorável a judicialização de tudo. Há, no entender de SAUL TOURINHO, " a mera concretização da Constituição Federal, nada mais”.<sup>98</sup>

Finalmente, a sexta e última dimensão medidora de ativismo, ocorre quando a decisão judicial suplanta considerações sérias voltadas a problemas de competência das outras instâncias de governo.

Conforme dito anteriormente, a constituição de tudo tratou e o juiz não pode se negar a prestar a tutela jurisdicional, portanto, sobre tudo decidirá como consequência lógica.

---

97 Reclamação Constitucional nº 2617, Agr/MG, o ministro relator CEZAR PELUSO

98 LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou altivez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal**. 2008. 160 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Instituto Brasiliense de Direito Público, Mestrado Acadêmico em Direito.

## 5.2 Autocontenção judicial

A antítese da postura ativista do Poder Judiciário é a autocontenção judicial. Tal conduta é defendida por aqueles que sustentam uma posição minimalista, reservada, portanto, conservadora do status quo.

BARROSO aponta diferenças conceituais entre as duas posturas:

A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial legitimamente exercido procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, inclusive e especialmente construindo regras específicas de conduta a partir de enunciados vagos (princípios conceitos jurídicos indeterminados). Por sua vez, a autocontenção se caracteriza justamente por abrir mais espaço à atuação dos Poderes políticos, tendo por nota fundamental a forte deferência em relação às ações e omissões desses últimos (...) o Poder Judiciário, optando pela autocontenção, pauta-se pelas seguintes condutas: (I) evita aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (II) utiliza critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (III) abstém-se de interferir na definição das políticas públicas.<sup>99</sup>

Dessarte existir na doutrina quem se alinhe a posição mais omissa do Judiciário, acredito que o Poder Judiciário, a despeito de não ter votos, tem fundamental mister de expandir os direitos fundamentais, concretizar normas constitucionais dirigentes e garantir a defesa da constituição.

Assim sendo, não há previsão constitucional que sustente um judiciário omissivo, pelo contrário, o desenho constitucional o fez forte e presente.

Tal posicionamento encontra amparo na esteira de SAUL TOURINHO:

Nada obstante haja sobre a prática algum amparo doutrinário, *self restraint* não serve a ninguém. Trata-se de postura acanhada da Suprema Corte que opta por não decidir ou, quando o faz, prefere caminhar por filigranas jurídicas esquivando-se do real debate que lhe fora lançado.<sup>100</sup>

## 5.3 A abertura institucional do Supremo Tribunal Federal como superação da polêmica da falta de legitimidade popular

A Constituição de 1988 é reconhecidamente plural. Foi elaborada após anos de

---

99 ibidem ou ibid

100 ibidem ou ibid

supressão dos direitos fundamentais, da cidadania e da participação popular na política.

Com receio do passado, o constituinte, desconfiado do legislador, procurou proteger a liberdade individual, os direitos sociais, os princípios democráticos e a participação plural na política.

A força normativa da constituição confere status de norma jurídica aos valores e princípios constitucionais, por consequência, o Poder Judiciário, sobretudo o STF, tornou-se o coliseu do debate político em detrimento do Parlamento.

Contudo, para superar a suposta falta de legitimidade popular do Judiciário, haja vista juiz não ter voto, o Supremo Tribunal Federal promoveu uma abertura institucional que pode ser evidenciada ao constataremos os seguintes fenômenos: (a) criação do *amicus curiae*; (b) audiências públicas no STF; (c) o sistema de comunicação do Supremo Tribunal Federal; (d) amplo rol de ações do controle direito de constitucionalidade e outras ações que aproximam o Judiciário do cidadão; e (e) a inserção da Corte no cotidiano nacional.

#### **5.4 A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**

O jurista alemão PETER HÄBERLE, cuja obra *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição* foi traduzida por GILMAR MENDES, propõe uma interpretação constitucional pluralista e aberta com o propósito de garantir a participação popular e dar legitimidade democrática as decisões judiciais. Preleciona Häberle: “interpretar um ato normativo nada mais é do que colocá-lo no tempo ou integrá-lo na realidade”.<sup>101</sup>

Contudo, ainda na esteira do pensamento de Häberle, este defende que não deve existir intérpretes oficiais da constituição:

“intérprete sempre se orienta pela teoria e pela práxis. Esta última, no entanto, não é

---

<sup>101</sup>HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição**. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 2002, p. 10.

conformada pura e simplesmente pelos intérpretes oficiais da Constituição (...) Uma Constituição que estrutura não apenas o Estado em sentido estrito, mas também a própria esfera pública, dispondo sobre organização da própria sociedade e, diretamente, sobre setores da vida privada, não pode tratar as forças sociais e privadas como meros objetos. Ela deve integrá-las ativamente enquanto sujeitos (...) limitar a hermenêutica constitucional aos intérpretes 'corporativos' ou autorizados jurídica ou funcionalmente pelo Estado significaria um empobrecimento ou um auto-engodo".<sup>102</sup>

## 5.5 Debatendo o ativismo judicial no Brasil

Muito se discutido sobre a postura ativista do Judiciário brasileiro. A discussão é salutar no Estado Democrático de Direito, pois nascem deste debate as melhores teses jurídicas, aprimorando a evolução do constitucionalismo brasileiro.

Mas, a propósito, existe ativismo judicial no Brasil? Caso exista, é uma postura boa ou ruim?

O presente trabalho se alinha a corrente que sustenta que, quando o tribunal é ativo, age dentro dos limites constitucionais propostos pela Carta de 1988 e perfilado com a doutrina mais atual do constitucionalismo contemporâneo.

No entendimento de SAUL TOURINHO:

“O STF ideal é aquele que consegue dar um choque na inércia, que rejeita a omissão e que chama para si a responsabilidade de implementar os preceitos constitucionais numa plenitude, tornando-os concretos, deixando de lado a idéia de que a nossa Carta Maior nada mais é do que um conjunto de símbolos ou, para ser mais didático, um livro repleto de promessas lançadas ao vento”.<sup>103</sup>

## 5.6 A virada de postura do STF: ontem procedimentalista, hoje substancialista

Até a promulgação da constituição de 1988, o STF evita a polêmica, tinha uma jurisprudência tímida e defensiva, se esquivava de julgamentos políticos, deixando para outros

---

102 \_\_\_\_\_ Editor: Porto Alegre, 2002, p. 31-34.

103 LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou altivez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal**. 2008. 160 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Instituto Brasiliense de Direito Público, Mestrado Acadêmico em Direito.

poderes tal iniciativa.

Contudo, com a redemocratização e o advento da Carta de 1988, a postura do Supremo mudou. Não era pra menos, haja vista a constituição dispor de amplo leque de direitos a serem concretizados via tutela jurisdicional.

Somado a isto, o Brasil passa por uma acentuada crise política e de legitimidade democrática. Num ambiente de retraimento do Poder Legislativo e descrédito do Poder Executivo, naturalmente, o Judiciário se fortaleceu, haja vista ter o poder-dever de prestar a tutela jurisdicional quando for provocado.

Sobre este cenário, preleciona RODOLFO VIANA PEREIRA:

Por último, a queda no desempenho prestacional das instituições representativas também é outro vetor gerador de insatisfação com o sistema democrático como um todo. Em linhas gerais, o problema se qualifica como um distúrbio comunicacional, a partir do momento em que as instâncias representativas encontram sérias dificuldades em absorver as demandas sociais, metabolizá-las e fornecer respostas adequadas. A interrupção do fluxo de comunicação caracteriza, então, um processo de desajuste entre tarefas, expectativas e resultados. Em alguns contextos nacionais marcados por fortes clivagens socioeconômicas, o descompasso tem sido exponenciado em função da incapacidade dos órgãos e instituições tradicionais em atuar efetivamente na resolução de tais problemas, bem como em convencer a opinião pública acerca dos seus esforços. O resultado final converte-se em acréscimo dos níveis de insatisfação em relação às funções representativas, contribuindo para aumentar ainda mais o fosso entre as instituições políticas e o cotidiano dos cidadãos.<sup>104</sup>

Portanto, não há retrocesso institucional quando o Supremo Tribunal Federal exerce de forma ativa seu mister constitucional, todavia, promove o progresso, concretizando os direitos fundamentais e sedimentando os princípios e valores constitucionais na política nacional.

O atual supremo atual é altivo e substancialista. Sobre o tema SAUL TOURINHO assevera:

---

104 PEREIRA, Rodolfo Viana. **Direito Constitucional Democrático: Controle e Participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p.137

“O que temos é uma Corte comprometida em fazer valer os dispositivos constitucionais e promover um choque na inércia refletida pela atuação do Poder Legislativo e, por não dizer, também um choque no atrevimento do Poder Executivo que, caminhando oxigenado por milhões de votos, vez ou outra acredita que tudo pode, mesmo que passando por cima das disposições constitucionais”.

É bem verdade que a pauta dos direitos fundamentais é das mais importantes para se aferir a altivez do Judiciário brasileiro.

O Estado refundado pela Carta de 1988 tem como eixo central a dignidade da pessoa humana. Sobre a dignidade da pessoa humana preleciona Friedrich Muller citado por SAUL TOURINHO:

“[...] só se pode falar enfaticamente de povo ativo quando vigem, se praticam e são respeitados os direitos fundamentais individuais e, por igual (nicht zuletzt), também os direitos fundamentais políticos. Direitos fundamentais não são valores, privilégios, exceções do poder de Estado ou lacunas nesses mesmo poder, como o pensamento que se submete alegremente à autoridade governamental (obligkeitsfreudiges Denken) ainda teima em afirmar. Eles são normas, direitos iguais, habilitação dos homens, i.é, dos cidadãos, a uma participação ativa (aktive Ermächtigung). No que lhes diz respeito, fundamentam juridicamente uma sociedade libertária, um estado democrático. Sem a prática dos direitos do homem e do cidadão, o povo permanece em metáfora ideologicamente abstrata de má qualidade. Por meio da prática dos human rights ele se torna, em função normativa, povo de um país (Staatsvolk) de uma democracia capaz de justificação – e tornasse ao mesmo tempo povo enquanto instância de atribuição global”.<sup>105</sup>

Dito isto, a promoção da dignidade humana é um princípio que pauta a atuação do Poder Judiciário, exigindo postura proativa do tribunal para promoção e concretização prática.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho se propôs a discutir a postura do Judiciário brasileiro, mormente, o Supremo Tribunal Federal, em face da teoria do ativismo judicial.

Para tanto, situamos o Poder Judiciário dentro do constitucionalismo contemporâneo,

---

105 LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou altivez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal**. 2008. 160 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Instituto Brasiliense de Direito Público, Mestrado Acadêmico em Direito.

discutimos o fenômeno, posterior a redemocratização, da constitucionalização e conseqüente judicialização do direito, tratamos da jurisdição constitucional e do instituto do controle judicial de constitucionalidade.

Indagamos o seguinte: (i) o Judiciário brasileiro adota uma postura ativista? (ii) se a resposta for positiva, isto é algo ruim para a democracia e os fins constitucionais? (iii) há um limite para a atuação do Poder Judiciário?

Respondendo a primeira indagação: o Judiciário brasileiro adota uma postura ativista? Concluimos que o Supremo Tribunal Federal tornou-se ativo e substancialista com a redemocratização trazida pela Constituição de 1988. Portanto, isto não significa que tem exorbitado de suas funções constitucionais. Com efeito, o STF é o guardião da constituição e tem cumprido o mister dentro do proposto pelo desenho institucional trazido na Magma Carta de 1988. Ora, se a constituição de 1988 de tudo tratou, o STF tudo decidirá. Não há caminho possível que conduza a outra conseqüência. O Judiciário quando provocado tem o dever de prestar a tutela jurisdicional. Inconstitucional seria se omitir.

Partindo para o segundo questionamento: se a resposta for positiva, isto é algo ruim para a democracia e os fins constitucionais?

Arrematamos que não. Foi demonstrado que o Supremo Tribunal Federal tem respondido satisfatoriamente a missão constitucional que lhe foi imposta pela constituição. O Supremo tornou-se o lugar onde os grandes temas são resolvidos com definitividade e, apesar das críticas, o Brasil avançou bastante na promoção da dignidade humana, na concretização dos direitos e garantias fundamentais e na segurança institucional, haja vista a constituição caminhar para o trigésimo ano de promulgação.

Outrossim, promoveu-se, desde 1988, a abertura institucional do Supremo Tribunal Federal, mitigando, portanto, o problema da falta de participação popular.

Ademais, passamos por graves crises políticas neste período, contudo não se cogitou saída distante da constituição: subversão constitucional é fato passado na história brasileira.

Finalmente, respondemos a questão mais embaraçada que este trabalho se comprometeu: há um limite para a atuação do Poder Judiciário?

Um Tribunal pode muito, para o bem ou para o mal.

Destarte as dificuldades para desembaraçar a questão, o presente trabalho expôs que o juiz pode tomar três posturas face ao poder-dever de prestar a tutela jurisdicional constitucional: postura ativista (ultrapassa o limite de atuação), postura autocontida (omissa) ou postura ativa (não se furta como garantidor e concretizador da constituição).

Concluimos, data vênia aos que partilham posicionamento contrário, que o Judiciário, mormente o Supremo Tribunal Federal, tem se posicionado de forma ativa e dentro dos limites propostos pela constituição. Reconhecemos que, vez ou outra, uma decisão extrapola, de forma mais notável, os limites de atuação, não obstante, é incapaz de intitular o Poder Judiciário de ativista.

Por fim, penso que o Supremo Tribunal Federal se consolidou como guardião da constituição e cumpre satisfatoriamente o papel de promotor da dignidade humana e garantidor dos direitos fundamentais, possibilitando o avanço social e consolidando a política brasileira.

Dessarte dar a última palavra sobre a razão e alcance da constituição, não o faz sozinho, mas agremiado com outros Poderes, Ministério Público, OAB, demais instituições e com a sociedade.

Na vida institucional, como na vida em geral, ninguém é bom demais e, sobretudo, ninguém é bom sozinho.<sup>106</sup>

---

106 BARROSO, Luís Roberto. Palestra no dia 17 de agosto de 2015, no Instituto Fernando Henrique Cardoso, em São Paulo. Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI225392,41046-Constituicao+Direito+e+politica+por+Luis+Roberto+Barroso> >. Acesso em: 07 jun. 2018

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 6<sup>a</sup> ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo\\_e\\_constitucionalizacao\\_do\\_direito\\_pt.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf)>. Acesso em: 20 mai. 2018

\_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional: a tênue fronteira entre o direito e a política**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf>>. Acesso em: 25 mai. 2018

\_\_\_\_\_. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf>>. Acesso em: 25 mai. 2018

\_\_\_\_\_. Palestra no dia 17 de agosto de 2015, no Instituto Fernando Henrique Cardoso, em São Paulo. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI225392,41046Constituicao+Direito+e+politica+por+Luis+Roberto+Barroso>>. Acesso em: 07 jun. 2018

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de

Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito Constitucional. Teoria, História e Métodos de Trabalho**. 2ª Ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2014.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem Constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica**. Porto Alegre : Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

BARCELLOS, Ana Paula de, **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**, 2002.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK ,Carlos Eduardo Pianovski. **Um projeto de Código Civil na contramão da Constituição**, Revista trimestral de direito civil vol 4. 2000.

TEPEDINO, Gustavo. **O direito civil e a legalidade constitucional**, *Revista Del Rey Jurídica* v.13. 2004.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. Vol. 1º. 23ª. ed. São Paulo : Saraiva, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Curso de Direito Constitucional**. 9 Ed. São Paulo. Afias 2010.

CLÉVE, C. M. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. Revista dos Tribunais, 2002.

LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou altivez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal**. 2008. 160 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Instituto Brasiliense de Direito Público, Mestrado Acadêmico em Direito.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição**”. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 2002.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Direito Constitucional Democrático: Controle e Participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.