

UMA ANÁLISE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL E DO ATIVISMO JUDICIAL

Flávia Tereza da Silva

Acadêmica do 4º período do Curso de Direito do UNIFOR-MG

Maria Fernanda de Lima Moura

Professora do curso de Direito do UNIFOR-MG

Especialista em Direito Público pelo IEC/PUCMINAS

Advogada

RESUMO

Há variadas concepções jurídicas para definir o que seja Constituição. No entanto, verifica-se que todas confluem para o mesmo ponto: a lei fundamental de um Estado, da qual emergem, precipuamente, normas estruturantes do Estado e normas declaratórias de direitos e garantias fundamentais. Diante de tal magnitude jurídica, conjugado à concepção de supremacia constitucional, é necessário a existência do Controle de Constitucionalidade das leis, como mecanismo de defesa das normas constitucionais e efetivação dos direitos. O sistema de controle de constitucionalidade adotado no Brasil tem contribuído para um incremento no que tange à expansão das atividades da função Judiciária. A forma de atuação do Poder Judiciário poderá concretizar-se num Ativismo Judicial, caracterizado por uma “participação” mais intensa e de maior interferência nas atividades dos Poderes Legislativo e Executivo, o que pode interferir no equilíbrio das funções estatais.

Palavras-chave: Constituição. Controle de Constitucionalidade. Poder Judiciário. Ativismo Judicial.

ABSTRACT

There are various judicial concepts to define what the Constitution is. However, it seems that all converge to the same point: the fundamental law of State, from which emerge, mainly, structural rules of the State and fundamental rights and guarantees. Faced with such legal magnitude, along with the concept constitutional supremacy, it is necessary the existence of Judicial Review, as an instrument of constitutional defense and enforcement rights. The system of Judicial Review adopted in Brazil has contributed to an improvement in relation to the expansion of activities of judicial function. The way the Judiciary Power acts could take place in Judicial Activism, characterized by a more intense “participation” and more interference in the actions of Legislative and Executive Powers, which can interfere in the balance of states functions.

Keywords: Constitution. Judicial Review. Judiciary Power. Judicial Activism.

1 INTRODUÇÃO

O termo “Constituição” pode ser empregado em vários sentidos (SILVA, 2006), indicando v.g. o temperamento de alguém (constituição psicológica explosiva), o conjunto de elementos essenciais (constituição do universo) ou a organização e formação de algo (constituição de uma sociedade), entre outras acepções. Contudo, busca-se, aqui, o significado jurídico que se correlaciona ao *modo de ser* de um Estado.

Assenta o Professor José Afonso da Silva (2006) que a Constituição do Estado seria a sua lei fundamental, a organização de seus elementos essenciais, abarcando as normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regulam a forma do Estado e a forma de seu governo, bem como o modo de aquisição e exercício do poder, além dos direitos fundamentais humanos e suas garantias.

Carl Schmit¹ a considera como decisão política fundamental, a decisão concreta sobre o modo e forma da existência da unidade política. Para Hans Kelsen², é a norma pura, o puro dever-ser. (KELSEN *apud* SILVA, 2006).

O que se percebe é que a doutrina traz diferentes concepções do que seria Constituição e, apesar de diversas, todas confluem para o mesmo ponto: a lei fundamental de um Estado.

Da mesma forma, há vários modos de se classificar as Constituições, perpassando por classificações quanto ao conteúdo (materiais/formais), forma (escrita/não-escrita), modo de elaboração (dogmáticas/históricas), origem (democráticas/outorgadas) e à estabilidade (flexível/semirrígida/rígida).

Quanto à estabilidade, considera-se Constituição flexível quando inexistente diferenciação entre o processo de elaboração das leis infraconstitucionais e modificação das normas constitucionais. Segundo Silva (2006, p. 42), “semi-rígida é a Constituição que contém uma parte rígida e outra flexível, como fora a Constituição do Império do Brasil, à vista de seu art. 178”.³

O interesse do presente trabalho refere-se à compreensão deste último subtipo. Tem-se como Constituição rígida, aquela em que a alteração do texto constitucional exige um

¹ SCHMIT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1928.

² KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 2.ed. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1962.

³ Art. 178. É só constitucional o que diz respeito aos limites e atribuições respectivos dos poderes políticos, e aos direitos políticos individuais dos cidadãos; tudo o que não é constitucional pode ser alterado, sem as formalidades referidas pelas legislaturas ordinárias.

procedimento especial, diferente e mais difícil do que aquele exigido para as normas infraconstitucionais. Nesse sentido, o princípio da supremacia formal das normas constitucionais decorre do requisito de rigidez presente neste tipo de Constituição.

Nas palavras do professor José Afonso (SILVA, 2006, p. 45), “significa que a Constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos”.

De acordo com tal raciocínio, a existência de uma lei fundamental de um Estado exige a compatibilidade formal e material de todas as normas infraconstitucionais que integram a ordem jurídica. Por conseguinte, tais normas somente serão reconhecidas como válidas, se estiverem em concordância com os ditames da Constituição. Dessa forma, torna-se necessário “defender” a norma superior, visto que dela emergem as regras para elaboração e execução de todos os atos normativos estatais. Esse mecanismo de defesa, englobando os órgãos competentes para exercê-lo, bem como o procedimento a ser observado, encontra-se insculpido na própria Constituição e a ele se dá o nome de Controle de Constitucionalidade.

O Controle de Constitucionalidade caracteriza-se como instrumento jurídico que objetiva assegurar a observância das normas constitucionais, consequentemente, a sua estabilidade e preservação. No entanto, mais do que preservar as normas constitucionais, a finalidade precípua da jurisdição constitucional⁴ perfaz a proteção e efetivação dos direitos e garantias fundamentais.

2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

2.1 Sistemas de Controle

A cada ordenamento constitucional, é atribuído a possibilidade de escolha do órgão ao qual será outorgada a competência para o exercício do controle de constitucionalidade.

Asseveram Paulo e Alexandrino (2008, p. 17) que, “a depender da opção do legislador constituinte, poderemos ter o controle jurisdicional (judicial), o controle político ou o controle misto”.

⁴ Para uma melhor compreensão da atual concepção de jurisdição no paradigma de Estado Democrático de Direito, aconselha-se a análise das obras dos Professores Marcelo Cattoni, Rosemiro Pereira Leal e Álvaro Ricardo de Souza Cruz.

O controle jurisdicional caracteriza-se pela faculdade conferida ao Poder Judiciário de declarar a inconstitucionalidade das leis ou outros atos normativos que afrontam, formal ou materialmente, a norma constitucional.

O controle político é aquele exercido por órgão de natureza política, como, por exemplo, o próprio Poder Legislativo. Geralmente, tal controle é exercido de forma preventiva. Essa espécie de controle incide não sobre a norma pronta e acabada, mas sobre o projeto de lei que nela resultará. Por isso é considerado, um controle *a priori*, ou seja, um controle preventivo, que tem por objetivo evitar que se elaborem normas eivadas de inconstitucionalidade, buscando-se sanar os vícios, antes mesmo do ingresso da norma no ordenamento jurídico.

Resulta o controle misto da submissão de certas categorias de leis ao controle judicial, e outras ao controle político. Tal sistema ocorre em países como a Suíça, em que as leis federais ficam sob o controle político da Assembléia Nacional, e as leis locais sob o controle jurisdicional.

2.2 Controle Judicial

O controle jurisdicional pode ser exercido em diferentes momentos: repressivo ou *a posteriori*, pois incide, posteriormente, sobre a lei já promulgada e em vigor; e *a priori* ou preventivo, haja vista que analisa a inconstitucionalidade do projeto de lei, cujo processo legiferante não esteja concluso. É necessário salientar que tal controle preventivo judicial possui característica excepcionalíssima no sistema jurídico pátrio, pois, tradicionalmente, a análise preventiva da constitucionalidade se dá por meio de órgãos políticos.

Sob esse aspecto, o Supremo Tribunal Federal, por meio de seu entendimento jurisprudencial, vem admitindo controle preventivo, através da impetração de mandado de segurança pelo parlamentar federal junto a esse órgão, sob a alegação de violação a um direito líquido e certo, qual seja, de participar de um devido processo legislativo que não viole as normas constitucionais. Araújo e Nunes Júnior⁵ explicam que o “Supremo Tribunal Federal tem entendido que o controle preventivo pode ocorrer pela via jurisdicional quando existe vedação na própria Constituição ao trâmite da espécie normativa” (2006 *apud* LENZA, 2008,

⁵ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

p. 135). Nesse sentido, a questão é suscitada ante o Supremo Tribunal, em face de propostas de Emendas Constitucionais que violem às cláusulas intangíveis previstas no art. 60, §4º, da CR/88. Assim, o que é vedado é a deliberação da proposta, momento do processo legislativo.

No que tange ao modelo de controle repressivo, existem dois tipos de procedimentos, quais sejam: controle de constitucionalidade difuso (jurisdição constitucional difusa) e controle concentrado (jurisdição constitucional concentrada).

O controle difuso é originário dos Estados Unidos e surgiu a partir das práticas e entendimentos jurisprudências da Suprema Corte, nas quais considera-se o caso *Marbury v. Madison* - 1803, como o precedente inaugural dessa espécie de controle, quando tal Tribunal, no julgamento de um mandado de segurança, declarou inconstitucional a lei em que se baseava o referido mandado.

Nesse sentido, tal modelo de controle se opera quando em determinada ação pleiteia-se o reconhecimento da inconstitucionalidade de um ato normativo em face de um caso concreto. Impede ressaltar que trata-se de um incidente processual, não constituindo o pedido principal do procedimento, haja vista, que há uma análise incidental por parte do órgão julgador, mas, sobretudo, necessária e indispensável para o posterior julgamento do mérito do caso em exame.

Desse modo, não há a declaração de inconstitucionalidade da lei, pois apenas deixa-se de aplicar a norma por considerá-la inconstitucional diante do caso específico. Em outras palavras, pode-se dizer que quando o requerente provoca a jurisdição, objetiva a tutela de um determinado direito concreto ameaçado ou lesionado por outrem, sendo então a inconstitucionalidade da lei apreciada em face do direito pretendido. Sob essa ótica, o interesse buscado não é, *prima facie*, a declaração de inconstitucionalidade de determinada lei.

Nota-se, pelo exposto, que este sistema tem natureza subjetiva, uma vez que envolve o interesse das partes, caracterizando, consequentemente, num efeito *inter partes*.

Contudo, não se reconhece o efeito *inter partes* como uma característica absoluta do controle difuso, uma vez que há possibilidade do processo ser levado à última instância, junto ao Supremo Tribunal Federal, por via de recurso extraordinário (art. 102, III, CR/1988)⁶.

⁶ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
(...)

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Destarte, a decisão proferida em um caso concreto poderá ser aplicável a todos (eficácia *erga omnes*) desde que o Senado Federal, por meio de resolução, suspenda a eficácia desta lei⁷ inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Portanto, há uma ampliação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade originária de casos concretos.

Cabe ressaltar, que a competência de exercer o controle difuso envolve todos os órgãos julgadores do Poder Judiciário (qualquer órgão, juiz ou tribunal), de forma que a eles é outorgada a possibilidade de abster-se da aplicação de determinada lei por entendê-la inconstitucional.

Pode, ainda, o juiz ou tribunal, de ofício, afastar aplicabilidade de determinada lei ao caso concreto, por entendê-la inconstitucional, uma vez que esses têm o poder-dever de defesa da Constituição.

Assim como qualquer órgão do Poder Judiciário pode exercer o controle de constitucionalidade difuso, o mesmo pode também ser provocado, mediante ação de qualquer natureza, seja cível, criminal, administrativa, tributária, trabalhista, eleitoral e outras.

Ressaltam Paulo e Alexandrino (2008, p. 41) “não interessa sequer a espécie, podendo ser suscitado o incidente de inconstitucionalidade em processos de conhecimento, de execução ou cautelar, seja qual for a matéria discutida”.

Levando-se em consideração que o controle difuso realiza-se no curso de determinada ação submetida à apreciação do Poder Judiciário, os legitimados para provocar o órgão jurisdicional são os sujeitos processuais e o representante do Ministério Público.

Por outro viés, o controle concentrado é um modelo concebido inicialmente por Hans Kelsen, nas primeiras décadas do século XX. Para Kelsen (2003), era necessário a criação de uma Corte Constitucional que apreciasse e se concentrasse na resolução de demandas envolvendo matérias exclusivamente constitucionais, mediante requerimento especial. Dessa maneira, a competência para o exercício do controle constitucional das normas é concedido ao tribunal de cúpula do Poder Judiciário ou a uma corte especial. Segundo Paulo e Alexandrino (2008, p. 19) “na visão de Kelsen, a função precípua do controle concentrado não seria a solução de casos concretos, mas sim a anulação genérica da lei incompatível com as normas constitucionais.”

⁷ O Artigo 52 da Constituição republicana de 1988 estipula as competências privativas do Senado Federal, e dentre elas está:

X – suspender a execução no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

A implantação original desse sistema foi consagrada na Constituição austríaca de 1920, e a partir dessa efetivação, tal espécie de controle se disseminou pelo continente europeu. A título de curiosidade, tal controle também é denominado de continental ou europeu.

Tal sistema diverge-se, substancialmente, do controle difuso, uma vez que o controle concentrado não configura como uma forma de “fiscalização judicial, mas uma função constitucional autônoma, que, tendencialmente, pode se caracterizar como função de legislação negativa” (CANOTILHO⁸, 1991 *apud* AGUILAR VIEIRA, 1999, p. 47). Por esse entendimento, o Poder Judiciário exerce o papel de legislador negativo quando atua retirando do ordenamento jurídico, normas declaradas inconstitucionais. Sendo assim, seu exercício possui contorno contramajoritário, já que anula uma norma elaborada pela manifestação da maioria parlamentar.

No controle concentrado, o impetrante da ação requer uma decisão sobre a constitucionalidade de uma norma, declarando-a compatível ou não com os princípios resguardados pela Constituição. Imperioso ressaltar que, nessa hipótese, não há caso concreto, ausente, então, interesses subjetivos. Gilmar Mendes (2001, p. 8) acrescenta que “ não se exige, porém, a demonstração de ofensa a qualquer interesse particular ou situação objetiva.”

Por conseguinte, verifica-se, a objetividade do procedimento, pois a validade da lei é discutida em tese, sem a análise de particularidades e contextualizações de situações jurídicas. Ao Judiciário cabe manifestar-se de maneira específica sobre o objeto, nesta hipótese, a norma, com o fim único de resguardar a Constituição.

Nesse sentido, enquanto o controle difuso, via de regra, produz seus efeitos somente para as partes daquele processo, no controle concentrado, os efeitos da decisão proferida pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário são *erga omnes*, ou seja, estendidos a todos.

Conforme leciona Lenza (2008), o controle concentrado de constitucionalidade de lei ou ato normativo pode ser verificado pelas situações infra, previstas nos respectivos dispositivos da Constituição da República:

- a) Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI, art. 102, I, “a”;
- b) Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF, art. 102, §1º;
- c) Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, art. 103, §2º;
- d) Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADECON, art. 102, I, “a”;

⁸ CANOTILHO, José J. Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

e) ADI interventiva – art. 36, III.

2.3 A República Federativa do Brasil e o histórico do controle de constitucionalidade

O sistema de controle de constitucionalidade adotado no Brasil pode ser caracterizado como algo peculiar: há presença do modelo de controle difuso, bem como do controle concentrado, portanto, um controle misto. Acerca desse sistema, destacam Paulo e Alexandrino (2008) que a fiscalização não alcança só as leis em sentido estrito, mas também atos administrativos em geral, tais como resoluções dos tribunais do Poder Judiciário, decretos e portarias do Executivo e outros atos não formalmente legislativos.

Para melhor compreensão do atual sistema de controle de constitucionalidade no Brasil, necessário se faz o conhecimento, em breve histórico, da evolução desse sistema, ao longo das constituições brasileiras.

2.3.1 Constituição de 1824

Não havia previsão na “Constituição Política do Império do Brasil” de qualquer sistema de controle semelhante aos conhecidos na atualidade. Somente ao Poder Legislativo, era outorgada a competência para fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las, e ainda velar na guarda da Constituição, nos termos do art. 15, VIII e IX ⁹.

Portanto, não se reconhecia ao Poder Judiciário competência para afastar a aplicação de normas consideradas inconstitucionais, não se verificando, então, nenhum modelo de controle judicial de constitucionalidade.

2.3.2 Constituição de 1891

A Constituição de 1891, mediante grande influência sofrida por parte do constitucionalismo norte-americano, outorga ao Poder Judiciário a competência para exercício do controle de constitucionalidade das normas, prerrogativa, até então, somente estendida ao

⁹ Art. 15. É da atribuição da Assembléia Geral:

(...)

VIII. Fazer Leis, interpretá-las, suspendê-las, e revogá-las.

IX. Velar na guarda da Constituição, e promover o bem geral do Nação.

Poder Legislativo. Surge, então, um sistema de controle difuso, exercido por todos os órgãos do Judiciário. O controle de constitucionalidade surge, inicialmente, pela via incidental, mediante a análise do caso concreto junto às normas constitucionais, não havendo aquele controle pleiteado via abstrata (principal).

2.3.3 Constituição de 1934

Coube a essa Constituição a introdução de importantes elementos inovadores, no tocante ao sistema de controle de constitucionalidade das leis brasileiras.

É nessa Constituição que, primeiramente, “apareceu a possibilidade de atribuição de efeitos gerais à pronúncia de inconstitucionalidade, embora necessária, para tanto, a intervenção do Poder Legislativo” (PAULO; ALEXANDRINO, 2008, p.23).

Institui a competência ao Senado Federal de suspender, mediante efeito *erga omnes*, a execução de uma lei, em virtude de sua declaração de inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário.

Inovou ao instituir o mandado de segurança, que cuida da proteção a direito líquido e certo do indivíduo contra ato de autoridade, praticado com ilegalidade ou abuso de poder.

2.3.4 Constituição de 1937

A Carta outorgada de 1937 representou um “retrocesso no sistema de controle de constitucionalidade” (PAULO; ALEXANDRINO, 2008, p.23). Apesar de ainda previsto o controle difuso, o exercício do controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário foi substancialmente enfraquecido, a visto do estabelecido no parágrafo único, do art. 96¹⁰, que concedia ao Presidente da República a prerrogativa de submeter novamente ao Parlamento, lei já declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário, sendo que, se por aquele confirmada a legitimidade da norma, esta voltaria a ser aplicada, desconsiderando-se a decisão contrária do Judiciário.

¹⁰ Art. 96 - Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República.

Parágrafo único - 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.

Ainda nessa Carta, o mandado de segurança deixou de ser uma garantia constitucional, passando a ser regulamentado por legislação infraconstitucional. Ao Senado Federal, foi retirada a competência para suspensão de execução de lei declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário.

2.3.5 Constituição de 1946

A Constituição de 1946 restaurou as disposições suprimidas pela de 1937. Dessa forma, o controle judicial difuso voltou a ser exercido, com exclusividade, pelo Poder Judiciário, extirpada a possibilidade de outro Poder tornar “sem efeito” suas decisões.

Ao Senado Federal, novamente, coube a competência de suspensão de execução de lei declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário.

2.3.6 Emenda Constitucional nº 16 de 1965

Tal emenda introduziu no ordenamento jurídico brasileiro o controle abstrato (principal) de normas, com competência atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Dessa forma, passou-se a admitir a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade dos atos normativos do Poder Público, mediante controle concentrado, pela via principal.

2.3.7 Constituição de 1967/1969

Tal Constituição não trouxe, em seu bojo, nenhuma inovação de expressão, no que tange a matéria de jurisdição constitucional. Manteve o controle judicial, via incidental e principal, conforme já previsto, anteriormente, em outros textos constitucionais.

2.3.8 Constituição de 1988

Inicialmente, o Brasil exercia o controle de constitucionalidade dos atos normativos, por meio do controle judicial difuso, característico do sistema norte-americano. Todavia, ao longo dos anos – e das Constituições Brasileiras anteriores à de 1988 –, o sistema adotado evoluiu, para o que se chama de um sistema misto, que engloba o modelo difuso, por via

incidental, e o concentrado, por via de ação principal.

A Constituição da República de 1988, ampliou, positiva e significativamente, o sistema de controle judicial concentrado ao implantar consideráveis alterações no campo da jurisdição constitucional, tais como: ampliação do número dos legitimados para instauração do controle abstrato perante o Supremo Tribunal Federal, via Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI); criação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF); remédio constitucional, que visa evitar ou reparar lesão a preceito fundamental decorrente da CR/1988; introdução da ADI por omissão, verificada em razão da inércia do legislador ordinário, em face de uma exigência constitucional de legislar; criação da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), que possibilita o pedido de declaração de constitucionalidade de determinado ato normativo, com o objetivo de por termo a controvérsia judicial sobre a sua validade; e previsão da instituição do controle abstrato pelos estados-membros de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, conforme disposto no art. 125, § 2º da Constituição da República de 1988.

Inovou, ainda, tal Constituição, ao introduzir, por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004,¹¹ o instituto da Súmula Vinculante, exercida junto ao Supremo Tribunal Federal.

3 ATIVISMO JUDICIAL

O sistema de controle de constitucionalidade adotado, com importação de institutos do direito norte-americano e do direito austríaco, aliado ao conceito da supremacia da Constituição, contribuíram, sobremaneira, para a expansão da jurisdição constitucional no Brasil. Embora os Poderes Executivo e Legislativo também possuam a função de exercer o controle de constitucionalidade, o Judiciário concentra maior parcela de atribuições para realização desse controle, uma vez que o próprio Poder Constituinte Originário o designou como seu “guardião da Constituição”, através do Supremo Tribunal Federal.¹²

Nesse sentido, a função Judiciária, por meio de seus órgãos, vem, a cada dia, desempenhando um papel mais ativo na sociedade contemporânea. Tal fato deita raízes em épocas longínquas, quando do surgimento, no Brasil, da jurisdição constitucional, no ano de 1890, consagrada na [Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil](#) de 1891.

¹¹ A respeito do estudo do instituto da súmula vinculante, recomenda-se a leitura do artigo de autoria da segunda autora deste estudo e do aluno Pedro Mendonça Cunha, publicados na edição nº 2 desta Revista.

¹² Tal concepção está expressamente incrustada no caput do art. 102 da Constituição de 1988.

Segundo o Professor Baracho Júnior, em fase final do período monárquico no Brasil, D. Pedro II, titular do Poder Moderador, ao qual era atribuído a responsabilidade pela defesa da Constituição, enviou uma comitiva aos Estados Unidos, com a finalidade de estudar o funcionamento da Suprema Corte, uma vez que o Imperador tencionava “propor a transferência de parte de seu Poder Moderador, especificamente no que diz respeito à verificação de compatibilidade das leis com a Constituição, a um órgão do Poder Judiciário, criado nos moldes da Suprema Corte” (BARACHO JÚNIOR, [20--], p. 214).

Desde então, é inequívoca a atuação crescente do Poder Judiciário na vida institucional brasileira, cujas conseqüências se fazem presentes no cotidiano social. Assim, questões de considerável alcance político ou social, e até mesmo moral, são levadas para serem discutidas pelo Poder Judiciário. Tal situação é o resultado do processo denominado “constitucionalização do Direito”, pois a Constituição de 1988 abarcou temas de outros ramos do Direito, como por exemplo normas de conteúdo civilista, trabalhista e processualista, que anteriormente, ocupavam posições exclusivamente na legislação ordinária. Segundo Barroso (2009, p. 3), “constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito”.

Essa conjuntura abre a possibilidade para gerar o fenômeno da Judicialização, que, conforme assegura Barroso (2009, p.5), “é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. [...] o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa”.

Nota-se que o processo de redemocratização do país, que atingiu seu ápice com a promulgação da Constituição de 1988 é uma das determinantes do substancial incremento das atividades judiciárias. A aura de democracia reacendeu nos indivíduos o conceito de cidadania, dando-lhes consciência de seus direitos, abrindo a possibilidade para a busca da proteção de seus interesses.

Percebe-se então, que o Judiciário é instado a se posicionar em face de determinadas situações, respondendo às questões submetidas à seu crivo. Assim, é pela forma e intensidade como o Judiciário vai responder a essas questões que poder-se-á caracterizar ou não o Ativismo Judicial. Tal fenômeno jurídico, no entendimento de Barroso (2009, p. 5), consiste na “atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance.”

No ativismo judicial, há, como se denota a própria expressão, uma posição ativista do Judiciário, caracterizada por uma participação mais intensa e, sobretudo, por uma maior

interferência na atuação dos Poderes Legislativo e Executivo. Nesse aspecto, as lacunas deixadas pelos Poderes Executivo e Legislativo(diante da inoperância aos pleitos sociais), fomentam o desenvolvimento da atitude ativista do Poder Judiciário, retirando-o da posição de aplicador da norma no exercício da subsunção entre o fato concreto e o dispositivo normativo, para alçá-lo à posição de garantidor de supostos valores sociais.

Equivale dizer que a inércia ou a retração desses dois primeiros poderes, em face da não efetivação das demandas sociais por meio da normatização ou da efetivação, só faz aumentar a incidência da atitude ativista do Poder Judiciário, que destaca-se, cada vez mais, como protagonista nas decisões de temas relevantes.

Tal situação não é difícil exemplificar. A questão em face do Supremo Tribunal Federal, acerca da possibilidade de interrupção terapêutica do parto de fetos anencefálicos, revela uma tendência à vertente ativista do Judiciário. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, formalizada em 17 de junho de 2004, pela Confederação Nacional dos Trabalhadores em Saúde – CNTS, encontra-se em tramitação no Supremo Tribunal, pela qual busca-se o posicionamento do Pretório Excelso acerca do aborto de feto anencéfalo ou a denominada antecipação terapêutica de fetos anencefálicos.

O cerne do pedido visava a declaração da inconstitucionalidade, com eficácia abrangente e efeito vinculante, da interpretação dos artigos 124, 126, *caput* e 128, I e II do Código Penal, como impeditiva da antecipação terapêutica do parto, uma vez constatada a gestação de feto anencefálico, reconhecendo à gestante o direito a optar por tal procedimento, sendo desnecessária a autorização judicial ou qualquer outra permissão por parte do Estado. Requereu-se, ainda, “sob o ângulo acautelador”, a suspensão do andamento de processos ou dos efeitos de decisões judiciais que tenham como alvo a aplicação dos dispositivos do Código Penal, nas hipóteses de antecipação terapêutica do parto de fetos anencéfalos.

Em 21 de junho de 2004, quando em férias coletivas o Supremo Tribunal Federal, o Ministro Relator prolatou sua decisão liminar, no sentido de “ter-se não só o sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado, como também o reconhecimento do direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de fetos anencefálicos, a partir de laudo médico atestando a deformidade, a anomalia que atingiu o feto” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54).

Em 20 de outubro de 2004, o Plenário do Supremo Tribunal Federal referendou a primeira parte da concessão da liminar acerca do sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado e revogou a segunda parte da liminar, que reconhecia o direito da gestante em submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos.

Desde então, a questão encontra-se *sub judice*. Notícias recém-divulgadas na imprensa nacional asseguram que o presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Cezar Peluso, irá aguardar a nomeação do substituto da Ministra Ellen Gracie (cuja aposentadoria foi publicada no Diário Oficial da União em 8/8/2011) e o retorno do Ministro Joaquim Barbosa (de licença médica) para colocar em pauta processos importantes, já prontos para votar, dentre eles, a antecipação terapêutica do parto de fetos anencéfalos.

Pertinente mencionar, que essa questão também encontra-se em tramitação no Poder Legislativo. O Projeto de Lei nº 50 de 17/2/2011, de autoria do Senador Mozarildo Cavalcanti, insere o inciso III¹³ ao art. 128 do Código Penal para incluir entre as possibilidades legais de interrupção de gestação, aqueles casos em que é diagnosticada a anomalia fetal caracterizada pela ausência da calota craniana no feto (anencefalia).

Por esse breve exposto, constata-se que o questionamento sobre a possibilidade da antecipação terapêutica do parto provocou a atividade judicial em data anterior à formulação e apresentação do projeto de lei que versa sobre o tema.

Josquin (2009) sintetiza, com clareza, a questão, ao assegurar que o ativismo configura-se através da “atuação do judiciário em demanda extremamente politizada, onde a norma embora exista é pouca, ou seja, a questão não está suficientemente normatizada”, resultando na necessidade de levar-se a questão à apreciação do Judiciário, que culmine numa decisão.

Sob essa ótica, percebe-se o ativismo sob um aspecto positivo, uma vez que apresenta solução para lacunas e situações ainda não realizadas pelos Poderes Legislativo e Executivo.

Entretanto, a falta de atuação legislativa não deve ser interpretada como a concessão de um “passe-livre” ao Judiciário para implementação de direitos, e nem mesmo retira a

¹³ Art. 1º - O art. 128 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso:

“Art. 128 (...)

Aborto no caso de gravidez de feto com anencefalia.

III – se o feto apresenta anencefalia e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal. (NR)”

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

legitimidade judicial para esse exercício. A dita “invasão” do Poder Judiciário em atribuições de outras funções estatais fortalece, em demasia, sua imagem, ao passo que pode macular a dos outros poderes, essencialmente do Legislativo, já tão depauperado por inúmeros escândalos relativos a seus membros.

Há, ainda, o receio de que tal fato possa acarretar um desequilíbrio na estrutura das funções estatais, e inclusive, afetar a regularidade das instituições políticas. Isso é no mínimo preocupante, constatando-se que há um projeto constitucional em curso, cuja finalidade é precipuamente a consolidação do regime democrático e dos direitos fundamentais, cujo princípio basilar subjaz na repartição das funções estatais.

É indiscutível que o Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, sedimentado por meio do art. 5º, XXXV¹⁴ da Constituição da República de 1988, revela-se como uma das mais importantes conquistas e garantias constitucionais. Mas, ainda assim, o Poder Judiciário, no exercício de suas competências, deve agir guardando observância aos seus próprios limites, evitando, portanto, violar a ordem constitucional e o Estado de Direito.

4 CONCLUSÃO

A Constituição de um Estado é sua *lex superior*, onde estão positivados os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos. É também o “manancial” para a produção dos atos normativos que compõem o ordenamento jurídico de um país, portanto, lhe é atribuído um valor hierarquicamente superior em face das demais normas.

Considerado o vasto número de leis que, atualmente, estão vigor e os diversos projetos em tramitação no território nacional, é inelutável a necessidade e a importância de um mecanismo de controle de constitucionalidade que assegure proteção à Magna Carta, evitando possíveis violações ao seu conteúdo, através da promulgação de leis consideradas inconstitucionais.

Apurou-se que o controle de constitucionalidade das leis compete aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Contudo, esse último concentrou maior parcela do exercício para realização desse controle, uma vez que a própria Constituição o designou como seu “guardião”, através do Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, o Poder Judiciário vem, a cada dia, desempenhando um papel mais ativo na sociedade contemporânea. Questões de considerável alcance político, social e moral

¹⁴ Art. 5º, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

são submetidas à apreciação do Poder Judiciário, pelos inúmeros cidadãos que almejam ver seus direitos reconhecidos.

Verificou-se que a forma e intensidade de como o judiciário “responderá” a essas questões poder-se-á caracterizar ou não no Ativismo Judicial, que consiste numa escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, ampliando seu sentido e alcance, ocasionando uma visível interferência em face do Legislativo e Executivo.

Ante a omissão legislativa, o Ativismo encontra “campo fértil” para se desenvolver, uma vez que o Judiciário é provocado em face de determinadas matérias que caberiam ao Legislativo ou Executivo regulamentar.

Contudo, essa posição ativista do Judiciário em relação às outras duas funções estatais deve ser revista, de forma a se evitar um desequilíbrio entre os três poderes e, assim, prejudicar, substancialmente, as instituições político-jurídicas do Estado de Direito e o projeto constitucional, inaugurado com o paradigma Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BAHIA, A. G. M. F. Controle concentrado de constitucionalidade: o “guardião da Constituição” no embate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 41, n. 164, p. 87-104, out./dez. 2004. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/1009>> Acesso em: 2 ago. 2011.

BARACHO JÚNIOR, J. A. de O. **A jurisdição constitucional nos Estados Unidos, na Alemanha e no Brasil**. [S.l: s.n.], [20--].

BARROSO, L. R. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, n. 18, p. 01-22, abr./mai./jun. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-18-ABRIL-2009-LUIS%20BARROSO.pdf>> Acesso em: 10 ago. 2011.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Regimento Interno**: Resolução nº 17 de 1989. 8. ed. Brasília: Edições Câmara, 2011. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/1926>> Acesso em: 3 ago. 2011.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Imperio do Brazil**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 3 ago. 2011.

BRASIL. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em:

< https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 3 ago. 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 50, de 17 fev.2011**. Insere inciso III ao art. 128 do Decreto-Lei n.º 2.848, de 1940 para incluir os casos de anencefalia fetal. Disponível em: < http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=99165> Acesso em: 10 ago. 2011.

BRASIL. Senado Federal. **Regimento Interno**: Resolução nº 93, de 1970. Brasília, DF, 2011. Disponível em: < <http://www.senado.gov.br/legislacao/regs/>> Acesso em: 3 ago. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Consulta a jurisprudência: arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 54**. Rel. Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=anencefalia&base=baseAcordaos>> Acesso em: 10 ago. 2011.

FERRAZ, A. C. da C. Notas sobre o controle preventivo de constitucionalidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 36, n. 142, p. 279-296, abr./jun. 1999. Disponível em: < <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/491>> Acesso em: 3 ago. 2011.

JOSQUIN, I. F. F. Ativismo Judicial. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: < http://www.emerj.trj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2009/trabalhos_12009/inessajisquin.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2011.

KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LENZA, P. **Direito constitucional esquematizado**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, G.; MARTINS, I. G. da S. **Controle concentrado de constitucionalidade**: comentários à Lei nº 9868, de 10.11.1999. Saraiva: São Paulo, 2001.

PAULO, V.; ALEXANDRINO, M. **Controle de constitucionalidade**. 8. ed. São Paulo: Método, 2008.

SILVA, J. A. **Curso de direito constitucional Positivo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

VIEIRA, I. de A. O controle da constitucionalidade das leis: os diferentes sistemas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 36, n. 141, p. 39-62, jan./mar. 1999. Disponível em: < <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/448>>. Acesso em: 2 ago. 2011.