

## **Controle de Constitucionalidade, Ativismo Judicial e Ameaças à Legitimidade Democrática: uma Análise Comparada entre Brasil e Portugal**

Judicial Review, judicial activism and risks to democratic legitimacy: a comparative analysis between Brazil and Portugal

Rafael Carrano Lelis<sup>1</sup>

### **Resumo**

O presente trabalho realiza uma análise comparativa dos sistemas de controle judicial da constitucionalidade nos ordenamentos de Brasil e Portugal por meio do exame de sua legislação. Após tal análise, o artigo constrói os conceitos de ativismo judicial e judicialização da política e aponta o sistema brasileiro como aquele mais propenso à existência da perigosa prática do ativismo judicial em virtude de características singulares de seu ordenamento.

**Palavras-chaves:** controle de constitucionalidade; ativismo judicial; judicialização da política; direito e política.

### **Abstract**

This paper analysis, comparatively, the judicial review systems in Brazil and Portugal through the examination of its legislation. After that analysis, the paper narrows down the concepts of judicial activism and judicialization of politics and points the Brazilian system as the most inclined towards the risky practice of judicial activism, given the unique characteristics of its ordainment.

**Key-words:** judicial review; judicial activism; judicialization of politics; law and politics.

---

<sup>1</sup> Graduando em direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora. E-mail: rafael.carrano.lelis@gmail.com.

## 1 - Introdução

O corrente contexto global de acirrada crise – econômica, política e institucional – nos apresenta diversos exemplos para ilustrar a agravada instabilidade no cenário mundial: impeachment de caráter duvidoso na democracia Brasileira, ascensão de Donald Trump (e seus ideais extremistas) na política norte-americana, saída do Reino Unido da União Europeia (BRExit), crise de refugiados na Síria, ascensão de regime totalitário na Turquia, fortalecimento de partidos ultraconservadores por toda a Europa etc.; a lista, em sua extensão plena, parece interminável. Em momentos como esse, a população busca por certezas e deposita suas esperanças nos órgãos e instituições os quais acredita serem mais capacitados para a resolução de conflitos em sua esfera de atuação. Diante disso, em muitos países e certamente no Brasil, o Poder Judiciário tem ganhado cada vez mais impulso e alargado seus tentáculos para as mais diversas esferas, não reconhecendo seus próprios limites, e avançando avassaladoramente sobre os demais poderes. Vivemos nos últimos anos no Brasil uma espécie de “judicialização da vida” (BARROSO, 2012, p.2-6), na qual o Judiciário aparece como o grande responsável pelas decisões no país, qualquer que seja sua natureza.

Principalmente, mas não só, através da atuação do Supremo Tribunal Federal (STF), o Poder Judiciário brasileiro (composto, vale lembrar, por indivíduos sem um voto sequer advindo do povo) cada vez mais interfere nas esferas dos poderes Legislativo e Executivo (e, nos parece, mais especial e intensamente na do primeiro), transformando decisões por eles tomadas sem que tenha a mínima autoridade e legitimidade para tal. Parece que o estado brasileiro se aproxima de (evitando dizer que “se encaminha a”) uma tirania judicial (ou uma juristocracia) (HIRSCHI, 2004), na qual esse Poder controla todo e qualquer acontecimento de relevância em território nacional.

Diante da realidade acima descrita, o presente trabalho se propõe a analisar, comparativamente entre os ordenamentos jurídicos brasileiro e português, o instituto do controle judicial de constitucionalidade (*judicial review*). Deve-se a escolha de tal instituto ao fato de, na concepção aqui adotada, entender-se o controle judicial de constitucionalidade como a forma mais grosseira e evidente por meio da qual os magistrados interferem e avançam nas competências dos demais Poderes (WALDRON, 2004, p. 282-289). A escolha de Portugal como objeto de comparação não se deu por acaso: primeiramente, merece destaque o fato de os dois países em questão pertencerem, na classificação por nós adotada, à mesma família jurídica, a saber, a família romano-germânica; ademais, seus ordenamentos se aproximam, ainda mais,

em virtude das características singulares que podem ser apontadas nos sistemas jurídicos de Língua Portuguesa (VICENTE, 2014, p.79-88). Em segundo lugar e igualmente importante: encontra-se no sistema lusitano a vigência de um controle **misto** de constitucionalidade, uma espécie pouco recorrente de apresentação desse instituto, também presente no Brasil (MIRANDA, 2013, p.133-137).

Nessa linha, possuindo como referência teórica o constitucionalismo popular de Jeremy Waldron (2004), a comparação ora realizada tem por objetivo destacar as principais semelhanças e diferenças das duas formas de controle e apontar, se possível, aquele que se mostra mais propenso à disseminação da prática do ativismo judicial, ameaçando a legitimidade democrática em vigor.

## **2 - Aspectos Gerais da Fiscalização de Constitucionalidade**

A fiscalização da constitucionalidade<sup>2</sup> (ou fiscalização de inconstitucionalidade) consiste em uma das formas de garantir a supremacia constitucional. Seu objetivo é aferir a compatibilidade de atos ou normas (tais quais leis, atos administrativos, tratados internacionais) com as disposições elencadas na Constituição.

A classificação dessa fiscalização encontra diversas denominações, variantes de acordo com sua forma, órgão de execução, efeitos e demais variantes que circundam o controle de constitucionalidade.

No que se refere aos órgãos que realizam a fiscalização, entende-se por *difusa* quando é realizada por uma diversidade de órgãos (por exemplo, por diversos tribunais comuns), enquanto será classificada como *concentrada* aquela fiscalização exercida exclusivamente por apenas um órgão (ou pouquíssimos órgãos), a exemplo dos ordenamentos que confiam tal responsabilidade puramente a seus tribunais constitucionais.

Pode-se, ainda, classificar o controle da constitucionalidade de acordo com o tempo no qual tal controle é realizado e, dessa forma, aparece o controle *preventivo* e o controle *sucessivo*. Será preventivo quando realizado sobre atos ou normas ainda em processo de criação e sem consumação de efeitos. Por outro lado, exerce-se o controle sucessivo apenas sobre atos ou normas já criados, eficazes e já passíveis da produção de efeitos.

Ademais, classifica-se a fiscalização de acordo com sua forma (ou modo) de aplicação. Sob tal perspectiva de análise, tem-se sua forma *abstrata* e sua forma *concreta* de aplicação. A

---

<sup>2</sup> No decorrer do trabalho “fiscalização” e “controle” de constitucionalidade serão utilizados como sinônimos.

fiscalização será concreta quando a declaração ou constatação da inconstitucionalidade advier em virtude da aplicação da norma em casos concretos (como em lides em disputas nos tribunais). Dessa forma, a partir da análise de um caso específico, constatar-se-á a inconstitucionalidade de uma norma ou um ato, gerando efeitos apenas para aquele caso em disputa<sup>3</sup>. Em contraste, a fiscalização abstrata se dá quando é feita a análise da constitucionalidade levando-se em consideração apenas a norma e sua compatibilidade com a Constituição, independente de sua aplicação em qualquer caso específico. Nessa forma de controle os efeitos são gerais, aplicando-se a quaisquer casos que sejam tocados pela norma em questão.

Merece destaque, ainda, a diferenciação da inconstitucionalidade por ação e da inconstitucionalidade por omissão. O primeiro caso (por ação), como parece ser sugerido pelo próprio nome, caracteriza-se como uma violação positiva da Constituição, ou seja, a prática de um ato que total ou parcialmente viole o texto constitucional. Por outro lado, a inconstitucionalidade por omissão possui um caráter negativo, consistindo na violação da Carta Magna mediante a inércia de algum órgão, gerando situação que impeça o cumprimento de preceitos constitucionais.

Realizando uma conexão entre os conceitos apresentados, destaca-se que, *em geral* (mais à frente veremos que não se aplica a todos os casos) a fiscalização difusa é também concreta e sucessiva. Enquanto a fiscalização concentrada costuma se configurar também como abstrata, podendo ser tanto preventiva, quanto sucessiva.

É importante ressaltar que, aparte das classificações aqui apresentadas, existem diversas outras concernentes à fiscalização e ao controle da constitucionalidade (como nos casos que se considera como objetiva, subjetiva, incidental, principal etc) que não foram incluídas por não se conectarem ao principal objetivo do trabalho, não devendo, entretanto, serem consideradas menos importantes.

### **3 - Sistema Português de Fiscalização**

Sem a pretensão de esgotar os inúmeros detalhes do complexo sistema de garantia e fiscalização da Constituição existente em Portugal, a presente secção do trabalho tem por objetivo delinear, em planos gerais, como se dá a aplicação do controle de constitucionalidade

---

<sup>3</sup> Mais à frente serão apontadas as ocasiões nas quais a fiscalização concreta produz efeitos para além do caso singular.

no ordenamento lusitano. Dessa forma, serão apresentadas suas características básicas, destacando-se aquelas mais essenciais à comparação ora construída. Ainda mais, sem menosprezo às demais formas de fiscalização, focar-se-á aqui na análise das formas judiciais de controle da constitucionalidade das leis, em face aos objetivos almejados pelo presente trabalho.

Como é sabido, assim como no Brasil, vigora em Portugal um sistema *suis generis* de controle de constitucionalidade que, no que se refere ao órgão responsável pela aplicação e à forma na qual se dá a fiscalização, não se encaixa em apenas uma das categorias (seja concreta ou abstrata no que concerne à forma; seja difusa ou concentrada no tangente ao órgão). De tal sorte, identifica-se a existência de um sistema misto de controle no ordenamento português, no qual se evidenciam formas abstratas e concretas de fiscalização, exercidas tanto pelo Tribunal Constitucional, quanto por tribunais comuns.

Os artigos 277 a 283 da Constituição da República Portuguesa disciplinam a matéria de fiscalização da constitucionalidade, estabelecendo parâmetros e formas. Todavia, o artigo 204, bem como 221 a 224 da mesma Constituição figuram com grande importância no desenho do sistema português de controle da constitucionalidade. Enquanto no artigo 204 (que dispõe: “nos feitos submetidos a julgamento não podem os tribunais aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados”) (PORTUGAL, 1976), vê-se a materialização da fiscalização difusa (e também concreta) no ordenamento português, o artigos de 221 a 224 definem e ditam a organização e competências do Tribunal Constitucional, consagrando o controle concentrado no país lusitano. Já os artigos 277 e 283 tratam, respectivamente, da inconstitucionalidade por ação e da inconstitucionalidade por omissão. Além disso, o artigo 278 dispõe a respeito da fiscalização preventiva da constitucionalidade. Por outro lado, no que se refere à fiscalização sucessiva, tem-se nos artigos 280 e 281 a regulamentação da fiscalização concreta e da fiscalização abstrata da constitucionalidade, nessa ordem.

### **3.1 - A fiscalização concreta da constitucionalidade**

Como destacado acima, o artigo 204 da Constituição Portuguesa abre o caminho para o controle concreto da constitucionalidade no ordenamento Português. Segundo ele, os tribunais não podem, quaisquer que sejam eles, aplicar normas contrárias à Constituição. Isso é dizer que a cada decisão proferida por um tribunal é realizado um juízo a respeito da constitucionalidade das normas aplicadas naquele caso, uma vez que, se considerasse algumas das normas

inconstitucionais, deveria o juiz negar-se a aplicá-la sob tal justificativa. É importante frisar que o Tribunal Constitucional se encontra dentre os tribunais aludidos no artigo 204, podendo, portanto, analisar também concretamente a constitucionalidade de normas.

Os tribunais comuns, por conseguinte, possuem competência para conhecer e decidir a respeito da constitucionalidade das normas, havendo possibilidade de recurso ao Tribunal Constitucional. Vale lembrar, como já levantado, que os efeitos da fiscalização concreta são aplicáveis somente àquele caso julgado, isto é, “quer o tribunal *a quo* quer o Tribunal Constitucional apenas conhecem da inconstitucionalidade da norma na sua aplicação ao caso *sub judice*, e é aí que apreciam a sua existência e a sua procedência” (MIRANDA, 2013, p.241).

Ademais, em sede de fiscalização concreta, a Constituição Portuguesa prevê, em seu artigo 280, que “1. cabe recurso para o Tribunal Constitucional das decisões dos tribunais: a) que recusem a aplicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade; b) que apliquem norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo” (PORTUGAL, 2016). O diploma português menciona, ainda, a possibilidade do recurso (que se torna obrigatório para o Ministério Público) nos casos em que os tribunais aplicarem normas previamente consideradas inconstitucionais pelo próprio Tribunal Constitucional. Em tópico posterior será destacada a situação na qual a fiscalização concreta da constitucionalidade é responsável por desencadear um processo de fiscalização abstrata de normas.

Para além do que já foi suscitado, merece menção o fato de que o juiz, na fiscalização concreta, não fica adstrito à vontade das partes, nem mesmo necessita de um pedido específico que argumente a inconstitucionalidade de uma das normas aplicáveis ao processo. Isto é, ao juiz, na análise da constitucionalidade concreta, é possibilitada a apreciação por ofício da compatibilidade da norma com o ordenamento, não dependendo de fatores alheios.

### **3.2 - A fiscalização abstrata da constitucionalidade**

Outra importante forma de exercício da garantia constitucional no sistema português é por meio da fiscalização abstrata da constitucionalidade. Como leciona Jorge Miranda (2013) tal fiscalização está vinculada a “um poder funcional de iniciativa”, que consiste no poder de requerer, diante do Tribunal Constitucional, a análise da constitucionalidade de determinado diploma. Vale ressaltar, como o faz o referido autor, que se diz “*poder funcional*, e não *direito* de iniciativa, porque impende sobre certos órgãos (...) porque se reconduz a uma competência

(...) porque é dominado exclusivamente por uma perspectiva de interesse público e objetivo” (p.295).

Quanto a essa capacidade de requerer perante o Tribunal Constitucional a apreciação da constitucionalidade de determinada norma, em sede de fiscalização sucessiva, a Constituição da República Portuguesa, em seu artigo 281, número dois, restringe-a aos órgãos (ou frações de órgãos) seguintes: o Presidente da República; o Presidente da Assembleia da República; o Primeiro-Ministro; o Provedor de Justiça; o Procurador-Geral da República; um décimo dos deputados à Assembleia da República; e, nos casos em que se refira à violação de direitos das regiões autónomas: os Representantes da República, as Assembleias Legislativas das regiões autónomas, os presidentes das Assembleias Legislativas das regiões autónomas, os presidentes dos Governos Regionais ou um décimo dos deputados à respectiva Assembleia Legislativa. Já no que se refere à fiscalização preventiva da constitucionalidade, o artigo 278 pugna tal poder: ao Presidente da República, aos Representantes da República (de decretos regionais), o Primeiro-Ministro ou um quinto dos deputados à Assembleia da República. Sendo assim, restringe-se aos órgãos anteriormente elencados a possibilidade de requerer a fiscalização abstrata da constitucionalidade, não sendo possível aos particulares, como na fiscalização concreta, solicitar essa modalidade de fiscalização.

Diferentemente da fiscalização concreta da constitucionalidade, na qual o efeito se dá apenas para o caso *sub judice* e de forma *inter partes*, o controle abstrato realizado pelo Tribunal Constitucional possui força obrigatória geral. Isto é, mediante a declaração de inconstitucionalidade de determinada norma, ela deixa de ter validade, exercendo o Tribunal seu reconhecido papel de legislador negativo (KELSEN, 2003, p. 244-250), invalidando o diploma normativo. Dessa forma, é vedada aos tribunais comuns a aplicação de lei declarada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional em sede de fiscalização abstrata, diferentemente do que ocorre com a declaração em controle concreto, quando os tribunais comuns podem continuar a aplicar aquela lei declarada inconstitucional.

Um mecanismo importante de funcionamento do sistema português de fiscalização é o caso em que, por meio do controle concreto da constitucionalidade, o Tribunal Constitucional pode declarar a inconstitucionalidade com força obrigatória geral. Tal situação é prevista pelo artigo 281, número três, da Constituição Portuguesa e ocorre quando determinada norma tenha sido apreciada e declarada inconstitucional em três casos concretos, desencadeando, a partir daí, a apreciação abstrata de sua constitucionalidade.

### **3.3 - A fiscalização da inconstitucionalidade por omissão**

A Constituição Portuguesa também consagrou a fiscalização de inconstitucionalidade por omissão, prevista em seu artigo 283. Como o próprio artigo dispõe, a ideia da existência de uma forma de inconstitucionalidade por omissão sustenta-se quando, por exemplo, a inexistência de um diploma infraconstitucional impeça a garantia dos direitos por ela consagrados. Nesse sentido, a Carta Magna dita que “o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais” (PORTUGAL, 1976). Além disso, Jorge Miranda (2013, p. 365-366) ainda preceitua que:

por omissão entende-se a falta de medidas legislativas necessárias, falta esta que pode ser *total* ou *parcial*. A violação da Constituição provém umas vezes da completa inércia do legislador e outras vezes da sua deficiente atividade, competindo ao órgão de fiscalização pronunciar-se sobre a adequação da norma legal à norma constitucional.

O poder de requerer a apreciação da inconstitucionalidade por omissão se mostra mais restrito do que as duas formas anteriormente apresentadas. Neste caso, como preceitua o mencionado artigo 283, é facultado o requerimento ao Presidente da República, ao Provedor de Justiça e aos Presidentes das Assembleias Legislativas das regiões autónomas (nesse último apenas quando o fundamento for relativo à violação de direitos das regiões autónomas). Uma vez identificada a omissão inconstitucional pelo Tribunal Constitucional, este tem o dever de dar conhecimento ao órgão legislativo competente. No entanto, essa fiscalização não possui um carácter substantivo, uma vez que, como acentua Jorge Miranda (2013, p. 380-381), “não pode o Tribunal adotar as medidas que repute necessárias, ainda quando o órgão legislativo, ao qual tenha sido comunicada a verificação, não supra a omissão”.

#### **4 - Sistema Brasileiro de Fiscalização**

A presente seção tem por objetivo uma breve exposição e análise do sistema brasileiro de fiscalização da constitucionalidade. Assim como na parte referente ao Direito Português, não se pretende aqui exaurir de qualquer forma as possibilidades de exame do referido sistema que se mostra ainda mais complexo que o modelo português em sua análise integral. Ademais, como se procede da sequência lógica do presente trabalho, intenta-se apenas destacar questões referentes ao controle judicial da constitucionalidade, especialmente aquele incidente sobre a legislação.

Tendo no início de sua história um modelo de fiscalização semelhante ao americano, a realidade brasileira de fiscalização da constitucionalidade sofreu diversas mudanças e com sua consolidação, a partir da Constituição de 1988, assemelha-se em muitos pontos àquele do país europeu, com destaque para seu caráter misto (ou híbrido) na combinação do controle por via incidental (concreto) e difuso e do controle por via principal (abstrato) e concentrado. No entanto, o Direito Brasileiro incluiu, em seu ordenamento, diversas outras “figuras jurídicas” que aumentam a complexidade de seu sistema, com especial destaque ao alargamento dos legitimados a proporem ações diretas perante o Supremo Tribunal Federal, competência exclusiva do Procurador-Geral da República antes de 1988.

A Carta Magna brasileira previu em diversos de seus artigos formas de garantir a supremacia de seu texto e de exercício de sua fiscalização como: o instituto da *representação interventiva* (art. 34, VII combinado com o art. 36, III da CF); o *mandado de injunção* (art. 5º, LXXI); o *recurso extraordinário* (art. 102, III, *a a d*); *controle abstrato por omissão* (art. 103, §2º); a *ação direta de inconstitucionalidade* e a *ação declaratória de constitucionalidade* (art. 102, I, *a* e art. 103).

#### **4.1 - A fiscalização concreta da constitucionalidade**

A fiscalização concreta da constitucionalidade está presente no Direito Brasileiro, positiva e expressamente, desde a Constituição de 1891, consagrando a única forma de acesso (apesar do alargamento das demais formas que será à frente explicitado) do cidadão comum ao controle da constitucionalidade, efetivando seus direitos subjetivos constitucionais (BARROSO, 2004, p.71).

De forma semelhante ao contexto português, o controle concreto da constitucionalidade pode ser exercido por qualquer tribunal ou juiz, desde a primeira instância até os tribunais superiores. Consagra-se, assim, a existência do controle difuso no ordenamento brasileiro, exercido no desempenho normal da função jurisdicional, isto é, aplicando-se (ou não, no caso de identificação de inconstitucionalidade) a legislação referente ao caso apreciado *in concreto*.

Não obstante originariamente fosse facultado apenas ao réu alegar a inconstitucionalidade de determinada norma dentro do litígio, é possível que quaisquer das partes faça tal alegação, desde que apareça em decorrência da disputa em questão e não como objeto principal de análise. Identifica-se, dessa forma, a constitucionalidade como *questão prejudicial*, ou seja, é necessária sua apreciação para a resolução do litígio. Ademais, ainda que

a inconstitucionalidade não seja suscitada por nenhuma das partes, é facultado ao juiz ou ao tribunal tal reconhecimento, de ofício, se essencial à solução da lide.

Como dito, o exame da constitucionalidade da norma de forma concreta integra a competência jurisdicional regular do judiciário. Nesse sentido, pode ser suscitada em qualquer processo, independente de sua natureza, podendo, então, estar presente em um rito ordinário, sumário, ação especial ou ação constitucional, até mesmo em sede de ação popular ou ação civil pública. Para mais, não existe qualquer conflito de competência no referente à origem do ato normativo, é dizer: no controle concreto atos municipais, estaduais ou federais podem ser invalidados por quaisquer órgãos caso identificada incompatibilidade com o texto da Carta Magna (BARROSO, 2004, p. 73-74).

Um destaque deve ser feito com relação aos requisitos formais para reconhecimento da inconstitucionalidade diferenciados no referente à atuação de um juiz em contraposição ao tribunal. Enquanto o juiz monocrático possui competência para, sozinho, apreciar e decidir a respeito da questão da constitucionalidade de determinada norma ou ato, o tribunal só pode tomar tal decisão em plenário, sendo vedada tal possibilidade a órgãos fracionários. Tal requisito está ligado à presunção de constitucionalidade das normas (uma vez que é facultado aos órgãos fracionários a declaração de **constitucionalidade**) e tem previsão no artigo 97 da Constituição Federal, com o seguinte texto: “Art. 97 Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público” (BRASIL, 1988).

Como anteriormente mencionado, o Supremo Tribunal é responsável pela análise das formas concentradas de fiscalização. Todavia, é previsto pelo ordenamento brasileiro que também realize exames concretos (que chegam através do controle difuso) da constitucionalidade. Em virtude disso, merece especial atenção o elemento processual por meio do qual, com maior recorrência que os demais (*habeas corpus*, mandado de segurança, *habeas data* e mandado de injunção), permite-se essa análise *in concreto* da constitucionalidade pelo Tribunal. Há muito presente no ordenamento brasileiro, o recurso extraordinário foi bipartido pela Constituição de 1988, transformando-se em: *recurso especial (REsp)*, de competência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), meio para discussão de **questões infraconstitucionais** (art. 105, III, CF); e, mantendo o nome original, *recurso extraordinário (RE)*, esse sob julgo do próprio STF reservado para o debate de **questões constitucionais**, disciplinado pelo art. 102, III da Carta. Como prevê o próprio texto constitucional, são quatro as situações cabíveis para o RE, a saber, 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” (BRASIL, 1988). Torna-se sensato reforçar que o RE não se configura como uma nova apreciação do objeto da lide, mas apenas de questões constitucionais previamente levantadas no processo. É importante, ainda, destacar que o princípio anteriormente aludido da reserva de plenário também se aplica ao STF na decisão do recurso, apesar de ter sido recentemente ignorado pelo Tribunal, cuja primeira turma recentemente concluiu pela inconstitucionalidade das leis que criminalizam o aborto no país<sup>4</sup>. Da mesma forma que no direito português, a eficácia produzida será *inter partes*, não havendo efeitos para além do caso concreto.

Ainda no que se refere ao RE como forma de acesso à jurisdição constitucional exercida pelo Supremo, merece especial atenção o aparato da repercussão geral, instituído pela Emenda Constitucional número 45, que procurou uma alternativa ao volume de processos que chegam à Corte. Sendo assim, “o Supremo Tribunal Federal só conhecerá o recurso extraordinário quando a questão constitucional oferecer repercussão geral, ou seja, quando discutir questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico” (MENDES; BRANCO; 2014, p. 1008-1009).

#### **4.2 - A fiscalização abstrata da constitucionalidade**

A fiscalização abstrata no Direito Brasileiro possui lastro inicial na *representação interventiva*, prevista na Constituição de 1934, e, posteriormente, ganhou especial concretude com a criação da ação genérica de constitucionalidade pela via da Emenda Constitucional número 16, de 26 de novembro de 1965 (BARROSO, 2004, p. 113). Entretanto, é apenas com a Constituição de 1988 que tal modalidade de controle ganha singular proeminência, muito em virtude do alargamento de legitimados à proposição direta, sobrepondo-se à forma concreta (e por consequência também à difusa) de fiscalização da constitucionalidade das normas.

Como já dito, no controle abstrato, por via de ação direta, não há presença de litígio a ser decidido, mas somente a declaração de inconstitucionalidade em tese de determinada norma, visando à proteção e harmonia do ordenamento jurídico vigente. As ações diretas reforçam, aqui, a atuação do Tribunal como legislador negativo, mediante a invalidação de normas até então vigentes (mas sendo vedada a criação de normas, o que consistiria em uma atuação positiva de legislar).

---

<sup>4</sup> Ver *HC 124.306* do Distrito Federal.

A fiscalização abstrata das leis se dá por meio do controle concentrado da constitucionalidade que, na realidade brasileira, concretiza-se devido à proposição de ações diretas ao Supremo Tribunal Federal. É importante que se avenge, também, a possibilidade de ajuizamento de ação direta em âmbito estadual (perante o respectivo Tribunal de Justiça, em face de desrespeito à Constituição Estadual). Todavia, esse segundo cenário mencionado não será objeto de análise deste trabalho. No plano federal, destacam-se três ações referentes à fiscalização de constitucionalidade por ação (a inconstitucionalidade por omissão será abordada em tópico separado), que serão a seguir tratadas: (i) *ação direta de inconstitucionalidade (ADI)*; (ii) *ação declaratória de inconstitucionalidade (ADC)*; e *arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF)*, essa última com caracterização *suis generis* quando comparada às duas anteriores.

*(i) Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI)*

A ação direta de inconstitucionalidade, também conhecida por ação genérica, tem por objetivo o questionamento, de forma abstrata, da constitucionalidade de determinada norma ou ato normativo. De tal sorte, não haverá pretensões individuais e tampouco tutela de direitos subjetivos, sendo sua natureza indubitavelmente objetiva e a existência de partes ocorre apenas sob ótica formal, inexistindo qualquer lide em disputa.

Compete ao Supremo Tribunal Federal, originariamente, o processo e julgamento da ADI, conforme consagra o art. 102, I, *a* da Carta Maior, exercendo seu papel de guardião da Constituição.

Consoante aludido acima, fala-se na existência de “partes” na ação direta apenas da perspectiva formal. Nesse sentido, há emprego de “legitimação ativa e passiva”. A passiva, por óbvio, há de se direcionar aos órgãos responsáveis pela edição da lei ou ato normativo sendo questionado, sendo sua defesa realizada pelo *Advogado-Geral da União* (AGU). A legitimidade ativa, por outro lado, merece exame com maior atenção.

É justamente devido à alteração na legitimação ativa da ADI, isto é, aqueles legitimados a realizarem sua proposição diante do STF, efetuada pela Constituição de 1988 (com o fim do monopólio do Procurador-Geral da República – PGR) que se tem o crescimento do protagonismo do controle abstrato no Brasil. Antes ato exclusivo do PGR, o artigo 103 da Carta Magna passou a admitir a instauração de ADI por iniciativa de:

I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; V - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados

do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (BRASIL, 1988).

Como esperado, a decisão do Supremo Tribunal em sede de análise de ação direta de inconstitucionalidade terá efeitos, em regra, “retroativos (*ex tunc*), gerais (*erga omnes*), repristinatórios e vinculantes” (BARROSO, 2004, p.148).

(ii) *Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC)*

Na lição de Jorge Miranda (2013, p.72), a ação direta de constitucionalidade “não apresenta similar rigorosamente próximo no direito comparado”, sendo instituto singular presente no Direito Brasileiro. Seu processo decorre da mesma forma que a ADI, sendo também apreciada pela STF e tendo o mesmo rol de legitimados para sua proposição, também elencados no artigo 103. Seus efeitos, da mesma maneira, identificam-se como gerais e vinculantes. Em termos processuais, diferenciando-se apenas devido à inexistência de legitimação passiva tal qual figura na ADI.

Todavia, como o próprio nome induz, seu objetivo é justamente o oposto daquele pretendido pela ADI, isto é, procura-se, pela via da ADC, reafirmar a constitucionalidade de determinada norma que, porventura, venha sendo questionada por meio do controle difuso. Dessa sorte, torna-se evidente que a ADC tem por finalidade instaurar e reforçar a segurança jurídica por meio da uniformização da interpretação de determinado ato, afastando a possibilidade de sua incompatibilidade com o texto constitucional.

(iii) *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)*

Já foi há pouco mencionado o caráter *suis generis* da ADPF, que não se aproxima tanto das outras duas ações previamente analisadas. O referido instituto possui uma dupla natureza processual, podendo ora ser analisada com caráter principal (isto é, por meio de controle abstrato), ora com caráter incidental (por sua vez, utilizando-se do controle concreto da constitucionalidade). A escolha por abordar a ADPF no tópico referente à fiscalização abstrata se deve ao fato de o instituto ser ferramenta por excelência do controle concentrado; aproximando-se, dessa forma, das ações diretas declaratórias de constitucionalidade e de inconstitucionalidade.

Prevista pelo §1º do artigo 102 da Constituição Federal, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental foi regulamentada pela Lei 9.882/99. “Além de permitir a antecipação das decisões sobre controvérsias constitucionais relevantes, a ADPF poderá ser utilizada para solver controvérsia sobre a legitimidade do direito ordinário pré-constitucional em face da Constituição” (MENDES; BRANCO; 2014, p.1139).

No que se refere à legitimidade para proposição de ADPF, a aludida lei dispõe que serão os mesmos elencados no artigo 103, que remete às ações diretas. Ademais, a mesma lei preceitua que cabe proposição ação para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. Todavia, há grande controvérsia com relação à amplitude que se deve conferir à expressão “preceito fundamental”. Ademais, ressalta-se que o instrumento tem sido utilizado, em grande medida, para questionar a validade de normas anteriores à Constituição de 1988, indagando a respeito de sua recepção pelo novo diploma.

### **4.3 - A fiscalização da inconstitucionalidade por omissão**

Diferentemente do ordenamento português, o constituinte de 1988 previu duas formas de sanar a omissão inconstitucional: (i) o *mandado de injunção*; e (ii) a *ação direta de inconstitucionalidade por omissão*. O primeiro de caráter concreto e o segundo de natureza abstrata figuram como remédios da Constituição à não concretização de seus direitos e garantias devido à inércia e omissão legislativa.

#### *(i) Mandado de Injunção*

O mandado de injunção, a exemplo da ADC, configura-se como instrumento particular do ordenamento brasileiro, não encontrando, no direito comparado, outro instituto com real semelhança. Escolheu o constituinte originário prever sua existência no artigo 5º, inciso LXXI da Carta Maior, com o seguinte texto: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania” (BRASIL, 1988).

Quanto à legitimidade para propor o mandado de injunção, lembra Barroso (2004, p.95) “não destoa da regra geral: tem-na o titular do direito cujo exercício está obstado por falta de norma regulamentadora”. Desde sua criação, a grande polêmica envolta no instituto do mandado de injunção se encontra revestida na dúvida com relação a seu objeto, isto é, quais as consequências e procedimentos posteriores ao seu conhecimento pelo órgão julgador. Barroso (2004, p.98) destaca que a controvérsia se sobressai em duas linhas: 1) deveria o órgão julgador apenas estimular a produção da norma por parte do órgão competente; ou 2) deveria esse mesmo órgão julgador suprir a lacuna deixada pela norma faltante. Nesse sentido, Machado (2008, p.62-63) aponta para as quatro correntes prevalentes de exercício do mandado ora analisado: 1) tese não concretista, na qual o julgador apenas comunica ao órgão competente para que elabore

a norma; 2) tese concretista individual intermediária, em que o órgão julgador estabelece determinado prazo ao legislativo para que supra sua omissão inconstitucional e, ao fim deste, em caso de persistência da omissão, atua de forma a permitir a concretização do direito; 3) tese concretista individual direta que prega a criação, pelo julgador, da norma ausente, sendo seus efeitos aplicáveis apenas entre as parte e no caso concreto; por fim, 4) tese concretista geral, que pretende a mesma ideia que a tese anterior, mas dessa vez defendendo que o seu efeito seja *erga omnes* e não apenas para o caso concreto analisado, sendo aplicado, também, ao demais casos semelhantes. Sob nossa análise, a última possibilidade parece impensável, uma vez que seria demasiado desvio da função jurisdicional. No entanto, parece aceitável, em um caso de extrema necessidade para a concretização de um direito fundamental, a adoção da segunda tese.

*(ii) Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO)*

De modo diverso ao mandado de injunção, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, configura-se como um mecanismo de exercício do controle abstrato incidente sobre a omissão inconstitucional. Sua previsão é reconhecida no artigo 103, no seu §2º, com o seguinte texto:

Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias (BRASIL, 1988).

Por se tratar de uma variante da própria ação direta de inconstitucionalidade, a ADO se comporta, processualmente, de forma muito similar. Sendo assim, mantém-se a competência prevista no artigo 102, bem como os legitimados para proposição da ação listados no artigo 103 da Carta Magna.

## **5 - Síntese Comparativa: aproximações e distanciamentos entre os modelos de Brasil e Portugal**

Como já mencionado reiteradas vezes no decorrer do trabalho, um dos pontos de maior contato entre os sistemas de fiscalização da constitucionalidade vigente em Portugal e no Brasil, inclusive uma das justificativas para a realização da presente comparação, consiste em seu caráter misto (ou híbrido). Característica presente em poucos sistemas do mundo, seu aspecto misto se deve à presença concomitante de uma forma abstrata e concentrada de controle e de uma forma difusa e concreta de fiscalização.

O primeiro tipo de fiscalização mencionado (abstrata e concentrada) corresponde ao modelo típico da tradição romano-germânica, idealizado por Kelsen quando da elaboração da Constituição austríaca, por isso também conhecido como modelo austríaco. Tal modelo idealizado pelo renomado jurista previa a existência de um Tribunal Constitucional responsável pela proteção e garantia da Constituição. As principais críticas sofridas inicialmente por Kelsen estão interligadas (e voltaremos a suscitá-las mais à frente) e giravam basicamente em torno de três pontos: (i) feriria a soberania do parlamento e por consequência do povo (crítica à qual rebate alegando que a soberania em si está na ordem jurídica, ou seja, corresponde ao próprio Estado e não a um órgão); (ii) seria incompatível com a ideia de democracia (para essa crítica Kelsen procura delinear seu próprio conceito de democracia, não como governo da maioria apenas, mas com proteção a direitos das minorias); (iii) a terceira crítica consiste naquela referente ao princípio da separação de poderes, que seria ferido pelo modelo de justiça constitucional por ele proposto (como resposta a esse último ataque ele nega a imagem de Montesquieu do juiz como um autômato aplicador da lei – *la bouche qui prononce les paroles de la loi* – para identifica-lo como um legislador negativo; destacando não uma separação estanque entre os poderes, mas sim um modelo de freios e contrapesos – *checks and balances* – no qual cada poder é responsável por controlar aos demais) (KELSEN, 2003, p. 123-186).

A segunda forma aludida de controle de constitucionalidade (difuso e concreto) foi herdado da tradição da *common law* norte-americana, também sendo denominado “modelo americano”. Essa forma é o consagrado *judicial review* presente no ordenamento dos Estados Unidos que teve sua origem no famoso caso *Marbury v. Madison*. Tal modelo consiste justamente na possibilidade de apreciação e declaração da constitucionalidade por meio de um caso concreto e por uma multiplicidade de órgão jurisdicionais diferentes, aparecendo a questão da constitucionalidade sempre de forma incidental na lide a ser decidida.

Dentro dessa lógica acima apresentada, a fiscalização concreta figura com grande similitude nos dois países sendo marcada pela possibilidade de apreciação, ainda que de ofício, da constitucionalidade por qualquer juiz ou tribunal comum. Há, ainda, igualmente nos dois sistemas, possibilidade de recurso a um tribunal superior (o STF no Brasil e o Tribunal Constitucional em Portugal) em caso de decisão em que se argumente a inconstitucionalidade de determinada norma ou em que seja desrespeitado entendimento desse mesmo tribunal superior a respeito da constitucionalidade de uma norma. Ademais, no que se refere à produção de efeitos, identifica-se que ela ocorre apenas entre às partes, não possuindo efeito *erga omnes* em nenhum dos dois ordenamentos (CANOTILHO, 2003, p. 982-1003). O ponto de maior

diferenciação dentro do controle concreto se apresenta, precisamente, na figura do mandado de injunção que é remédio ímpar do ordenamento brasileiro para a omissão constitucional e que, a depender da forma que for interpretada sua função, como já levantado, constitui-se como grande instrumento para alargamento (e até mesmo transbordamento) da função jurisdicional.

Todavia, é no âmbito do controle abstrato (seja por ação ou omissão) que residem as diferenças mais marcantes entre os sistemas do país europeu e do país sul-americano. Em primeiro plano de exame, destaca-se a presença, no ordenamento português, de um Tribunal Constitucional para dirimir dúvidas relativas à constitucionalidade de normas, ao passo que, no Brasil, tal tarefa fica a cargo do Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua é a guarda da Constituição, mas não sua única. Além disso, merece especial destaque, principalmente devido à perspectiva de nosso trabalho, a diferenciação que se dá na forma de acesso ao controle abstrato. Enquanto no regime português a incidência da fiscalização abstrata se dá apenas pela via prevista pelo artigo 281 de sua Constituição, o ordenamento brasileiro consagra um número variado de ações (já previamente abordadas, a saber: ADI, ADC, ADPF e ADO). Ademais, salta aos olhos, ainda, a diferença entre aqueles com capacidade para requerer a inconstitucionalidade perante o Tribunal Constitucional (conforme art. 281, II, da Carta Portuguesa) quando em contraste com aqueles, em número muito maior, legitimados pelo artigo 103 da Carta Brasileira para a proposição das referidas ações. Com especial ênfase e relevo para este trabalho aparece a possibilidade de ajuizamento de tais ações, no Brasil, por partidos políticos com representação no Congresso Nacional (art. 103, VIII, CF), o que ocasionou a crescente utilização política dessas ações pelos partidos, aumentando significativamente a judicialização da política, desde seu surgimento (VIANNA; BURGOS; SALLES; 2007, p. 39-45).

## **6 - O Ativismo Judicial e o Judicial Review**

A esta altura do trabalho pretende-se realizar uma análise, em abstrato, de qual dos dois sistemas de fiscalização de constitucionalidade tornariam o ordenamento mais sujeito à ocorrência do ativismo judicial. Para tanto, será realizada uma delimitação conceitual do termo *ativismo judicial* e sua necessária diferenciação da ideia de *judicialização da política*. Posteriormente, delinear-se-ão os argumentos levantados por Jeremy Waldron contra o *judicial review*, não para apoiá-los totalmente (como veremos nem todos são aplicáveis às realidades apresentadas), mas como norte para a análise do ativismo e seus riscos e também para ilustrar

o motivo pelo qual se busca identificar qual sistema de fiscalização está mais aberto à prática ativista.

### 6.1 - Judicialização versus Ativismo Judicial

Os termos ativismo judicial e judicialização são frequentemente confundidos, ou mesmo tratados como sinônimos. No entanto, é importante que, para este trabalho, estabeleça-se a diferença conceitual entre os dois termos, inclusive, para que possa se focar no objetivo de uma análise do ativismo judicial nos sistemas de controle de constitucionalidade.

A judicialização, frequentemente apresentada como judicialização da política, pode ser apontada como uma consequência da adoção de uma constituição substantiva e garantidora de direitos fundamentais, tal como se configura a Constituição Brasileira de 1988. Coloca-se a judicialização dessa maneira, pois é evidente que, quando a Carta Magna amplia significativamente os direitos dos cidadãos brasileiros em áreas como saúde e educação, é natural que cheguem ao Judiciário questionamentos ou demandas tangentes a tais direitos. Dessa forma, há, invariavelmente, uma análise por parte do Poder Judiciário de questões notadamente de cunho político, às quais, anteriormente, reservava-se a discussão apenas ao Legislativo e Executivo. Nesse cenário, então, é possível aceitar a judicialização como um fenômeno inevitável; deve-se, entretanto, ressaltar que, em alguns momentos, a judicialização se torna exagerada (uma espécie de “judicialização da vida”), muito favorecida, também, pelo sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. Sendo assim, o Professor Luís Roberto Barroso identifica a judicialização como um **fato**, sendo dever do Poder Judiciário decidir sobre aqueles temas que a ele são levados (BARROSO, 2012, p. 24-27).

Em contraposição, tem-se o ativismo judicial que, é essencial destacar, possui uma definição controversa, sendo apresentados, inclusive, significados opostos para a mesma expressão. Nesse sentido, a Professora Joana Machado destaca a necessidade de ser delimitado o entendimento de ativismo judicial antes de abordá-lo, o que muitas vezes não acontece ao se tratar do tema (tanto para criticá-lo, quanto para exaltá-lo) (MACHADO, 2008, p.16).

Os Estados Unidos, um dos berços do chamado ativismo judicial, é um grande exemplo na dificuldade de sua conceituação, tendo o termo sido usado por liberais para criticar a atuação conservadora de juízes e também por conservadores para criticar a atuação liberal de outros tantos magistrados (MACHADO, 2008, p. 16-18). Não obstante essa dupla aplicação do termo (por liberais e conservadores), é possível retirar a essência da expressão como sendo uma

espécie de distorção (ou excesso) da atividade jurisdicional; destacando-se, no entanto, que as críticas a essa distorção jurisdicional tendem a ser realizadas sob motivação política, como no caso americano. A partir disso, Barroso (2012, p. 25-27) procura definir o ativismo como sendo uma atitude (em oposição à judicialização, que seria um fato), ou seja, seria “a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo seu alcance”. Nesse diapasão, o Ministro coloca que tal atuação estaria associada a uma retração ou omissão legislativa; buscando o Judiciário, então, a concretização dos valores constitucionais.

Há de se frisar que o ativismo se coloca como uma forma de interferência, como o próprio Barroso reconhece, no espaço de atuação dos outros poderes (Legislativo e Executivo) e, ainda, que em muitas das vezes o Poder Judiciário (principalmente por meio das Cortes Supremas) o pratica (o ativismo) por meio de uma interpretação ampliada do texto constitucional.

Machado (2008, p.60-61) avança um pouco mais na conceituação do ativismo judicial, apontando-o como uma tentativa da jurisdição constitucional, exercida pelo Judiciário, de monopolizar os chamados debates substantivos (que envolvem, por exemplo, política e moral), em uma espécie de exclusivismo judicial. Sob esse prisma, o Judiciário se coloca como o único competente para “dar a última palavra” em tais questões, contrariando, inclusive, as opiniões legislativas a respeito do tema.

Diante do acima exposto, retiram-se os conceitos de cada uma das expressões a serem utilizadas no decorrer do presente trabalho: 1) a judicialização será encarada como o grande número de demandas levadas até o Poder Judiciário para decisões de matérias de cunho político, em consequência à adoção de uma constituição substantiva; 2) já a delimitação do conceito de ativismo judicial se dará identificando-o como uma forma de interferência nos demais poderes, por meio da interpretação ampliada do texto constitucional, como forma de garantir o exclusivismo judicial, isto é, que o Judiciário seja sempre aquele a dar a última palavra.

## **6.2 A visão de Jeremy Waldron**

O cientista político neozelândes Jeremy Waldron aborda a problemática da interferência entre os poderes em diversos momentos de suas obras, posicionando-se como um forte crítico da interferência judicial na atuação legislativa.

Primeiramente, é preciso esclarecer que a grande maioria das críticas de Waldron se fazem sob o prisma do controle judicial de constitucionalidade (o judicial review), caracterizando-o

como um instrumento de sobreposição do Judiciário ao Legislativo. A partir disso, serão destacados três principais argumentos do autor como forma de contribuição para entender a dinâmica do ativismo judicial e sua (i)legitimidade e sua inserção nos sistemas de controle de constitucionalidade.

A apresentação desses argumentos se dará em duas partes: os dois primeiros são argumentos vinculados a quatro premissas específicas estabelecidas pelo professor e, por isso, serão apresentados separadamente do terceiro, que não está vinculado a tais premissas.

## **6.2.1 - Argumentos Relacionados às Premissas**

### **a) As quatro premissas**

Como acima explicitado, Waldron vale-se de algumas premissas para garantir a eficácia e aplicabilidade de seus argumentos. A primeira delas seria a necessidade da existência, na sociedade em que se estuda, de instituições democráticas em razoável bom funcionamento (WALDRON, 2006, p. 1359-1362), o que não parece facilmente identificável no cenário brasileiro, apesar de nossos legisladores serem eleitos por meio do sufrágio universal e as eleições serem realizadas periodicamente, o contexto que levou ao *impeachment* da presidente eleita Dilma Rousseff acarretou grande instabilidade política. Por outro lado, essa premissa parece ser mais prontamente assinalada na realidade portuguesa.

A segunda premissa consiste na existência de instituições judiciais também em razoável bom funcionamento, decidindo litígios e responsáveis pela manutenção do rule of law (WALDRON, 2006, p. 1363-1364). Além disso, é importante, para a aplicabilidade dos argumentos, que as instituições judiciais não tenham sua composição realizada por meios eleitorais. Novamente, a premissa é facilmente identificável no cenário português e, por sua vez, também aparece cristalizada na realidade brasileira, uma vez que nossos juízes chegam ao cargo por meio de concursos públicos ou indicações (portanto, não são eleitos), além de serem responsáveis pela resolução de conflitos e aplicação da lei.

A terceira premissa (e talvez aquela de maior dificuldade de apontamento de correspondência no Brasil e até mesmo em Portugal) prevê a existência de um compromisso, por parte da maioria da sociedade, com os direitos da minoria (WALDRON, 2006, p. 1364-1366). Não obstante, em um primeiro momento, possa se alegar que não há tal compromisso diante de atuações legislativas e de parte da população, Waldron esclarece que a mera existência de uma Constituição ou outro documento escrito que garanta os direitos da minoria revela essa

preocupação por parte da sociedade. Todavia, apesar da existência de Constituições amplamente garantidoras de direitos nos dois países, parece não haver, por parte do parlamento, em muitas vezes, esse mesmo compromisso.

Por fim, a quarta premissa remete à existência de discordância sobre direitos na sociedade. Há de se ressaltar que, ainda que se possa se iniciar assim, tal discordância não deve ser meramente relacionada a questões interpretativas, isto é, não é uma discordância superficial, mas referentes a questões profundas no tangente aos direitos como: aborto, ações afirmativas, significado de tolerância religiosa, regulação de gastos eleitorais etc. (WALDRON, 2006, p. 1366-1369).

*(i) Argumento da Legitimidade*

O primeiro argumento de Waldron é bastante conhecido e se refere à legitimidade de o Judiciário tomar decisões cuja competência originalmente é do Poder Legislativo. Primeiramente, destaca-se o grande prejuízo à democracia (exercida no Brasil e Portugal em sua forma indireta de participação), uma vez que essa é baseada no voto (sufrágio universal), que garante aos candidatos eleitos legitimidade de representação e tomada de decisões pelo povo brasileiro. De tal sorte, evidencia-se que, ao agir contrariamente a decisões tomadas pelas casas legislativas brasileiras, o Judiciário estaria alterando decisões tomadas por aqueles escolhidos para definir questões de acordo com o pensamento da população do país (WALDRON, 2006, p. 1371-1376).

Incorpora-se, ainda, a esse argumento, alguns apontamentos decorrentes das premissas anteriormente apresentadas. Isto é, em uma sociedade na qual a Constituição garante direitos às minorias, mas onde também há discordância a respeito de quais seriam alguns dos direitos apresentados, alguém tem que ser o detentor da “última palavra”, caso contrário o debate jamais se encerrará. Sendo assim, nada mais justo do que serem aqueles eleitos pelo povo os responsáveis por tomar tal decisão.

A questão pode ser exemplificada com a decisão sobre descriminalização das drogas, atualmente em debate no STF. Tal matéria é amplamente discutida não só no Brasil, mas também ao redor do mundo e são inúmeros os argumentos apresentados em cada um dos lados opostos da discussão. Tendo em vista que ambos os lados possuem argumentos plausíveis, de acordo com a Constituição e fortemente embasados, há de se definir quem será o responsável por escolher qual cenário deve acontecer: descriminalizar ou não o uso e porte das drogas. Mediante tal discussão, não há como negar ao Legislativo essa tarefa de responsável pela última palavra com relação às divergências referentes a direitos, uma vez que ele é o órgão eleito e escolhido pelo povo, diferentemente do Judiciário.

Por fim, há de se evidenciar que não se pode valer de argumentos que apontem defeitos nos sistemas eleitorais para negar ao Legislativo essa última palavra, uma vez que toda a democracia em si é baseada nesse sistema. Caso constatados problemas no sistema eleitoral, ele deve ser revisto e repensado, porém jamais usado como justificção para permitir ao Judiciário que se imponha ao Legislativo.

*(ii) Argumento da Proteção de Direitos*

Um ponto constantemente levantado pelos defensores do ativismo judicial e do judicial review seria uma suposta falta de seriedade no tratamento dos direitos nos órgãos legislativos, enquanto o Judiciário se voltaria mais seriamente para a questão. No entanto, Waldron nos aponta bons exemplos de que o Legislativo tem capacidade de se dirigir seriamente a tais questões, como os debates que ocorreram no parlamento britânico na década de 60, referente a questões como liberação do aborto, legalização da conduta homossexual, entre outras matérias de grande relevância no campo de concessão de direitos.

Para além disso, Ronald Dworkin (que se ressalte: um defensor do judicial review) aponta que o Judiciário e, notadamente, os juízes não detêm conhecimento acerca de todas as questões, principalmente relacionadas a caráter moral e amplamente discutidas na sociedade, não tendo eles, portanto, posições especialmente diferenciadas quando confrontados com tais questões (DWORKIN, 1996 *apud* WALDRON, 2006, p. 1350). No cenário brasileiro, podemos exemplificar no julgamento que chegou ao STF para a utilização de células tronco embrionárias em pesquisas, que exigiu dos ministros conhecimentos muito além do que eles detinham, não sendo justificado, portanto, que eles seriam os melhores a decidir tal questão.

Outro ponto se refere ao fato de muitos argumentarem que a decisão do Legislativo só deveria ser alterada pelo Judiciário quando violasse direitos (reconhecendo que o Judiciário saberia proteger tais direitos, enquanto o Legislativo não). Todavia, como anteriormente apontado, há discordância na sociedade sobre qual seria o teor de determinados direitos e, nesse sentido, não se pode preferir um método de definição de qual seria o entendimento de determinado direito (em detrimento de metodologia diversa), embasando-se no resultado que advirá desse processo decisório. Sendo assim, caracteriza-se que o Legislativo tem tanto comprometimento na proteção de direitos e competência na definição desses direitos, quanto o Judiciário. Se ondas conservadoras levam à descrença de tal característica nesse órgão criador das leis, deve-se lembrar que o Judiciário está igualmente suscetível de momentos de domínio pelo pensamento conservador. Dessa forma, ainda que difícil, não se pode ater apenas à

realidade vigente (ainda que essa realidade tenha demasiada importância) quando se trata da estabelecimento de questões estruturais.

### **6.1.2 Argumento da Dignidade da Legislação**

O último dos argumentos aqui explorados é um dos mais importantes na compreensão e problematização do ativismo judicial. Waldron tenta desconstruir a ideia no imaginário das pessoas do ambiente legislativo como sendo indigno e promíscuo. Como aponta o professor, uma das principais resistências com relação aos legisladores é o fato de que, ao editar uma nova norma, eles estão alterando descarada e despudoradamente o que a lei significava antes. Nesse sentido, o legislador detém o poder de falar que a lei não será tal qual como era antes, mas que, por vontade dele, passará a ser outra completamente diferente. Waldron aponta para a dificuldade das pessoas em aceitar tal atitude, tendo certo receio das formas como serão realizadas tais alterações.

Por outro lado, ele destaca que a alteração que o Poder Judiciário realizada da lei se dá de forma mascarada e dissimulada, principalmente na common law (mas tal atitude tem sido frequente também no direito brasileiro). Dessa forma, o judiciário finge apenas estar realizando seu trabalho de aplicação da lei, o que gera um menor desagrado por parte da população, uma vez que ela não entende como sendo uma alteração à lei, mas apenas sua aplicação. Tal situação se agrava, pois os juízes tendem a justificar suas decisões baseados na detenção da chamada “técnica jurídica”, atitude que leva o cidadão comum a não questionar nenhuma dessas decisões, por acreditar estarem além de seu entendimento. No tangente à essa atuação dissimulada do judiciário, Waldron destaca:

Um juiz, quando legisla no direito consuetudinário (se é isso que ele faz) tem, pelo menos, a gentileza de fingir que está descobrindo o que a lei era o tempo todo: ele não se apresenta explicitamente como legislador. Na verdade, como todos nós sabemos, a lei é mudada todos os dias nos nossos tribunais de recursos, mas, na maioria das vezes, é mudada sob o disfarce de uma decorosa simulação, de que nada podia estar mais distante da nossa mente, ou da mente do tribunal, que uma aspiração legislativa. (WALDRON, 2003)

Sendo assim, é importante que seja levantada preocupação com relação a esse legislar dissimulado do Judiciário, uma vez que ele pode ser utilizado para restringir direitos da população de forma a não ser questionado.

## 7 O Ativismo Judicial e os Sistemas de Controle de Constitucionalidade em Brasil e Portugal

O tópico anterior teve por objetivo realizar a conceituação e diferenciação dos termos *ativismo judicial* e *judicialização da política*. Além disso, procurou-se delinear os principais argumentos construídos por Jeremy Waldron contrários à aplicação de controle judicial sobre as leis, com o objetivo de demonstrar que a própria existência de qualquer tipo de controle pode ser questionada e não deve ser assumida como necessária para a existência de qualquer ordenamento. Todavia, não é o objetivo aqui argumentar contrariamente a todo tipo de controle judicial de constitucionalidade, mas apenas alertar para seus riscos.

Diante de todas as características apontadas, referentes aos modelos português e brasileiro de fiscalização de constitucionalidade, chega-se à conclusão de que o modelo brasileiro está mais sujeito à ocorrência do fenômeno do ativismo judicial, o que parece ser comprovado pela atual jurisprudência dos dois países. Afirma-se assim, pois, como visto, devido às diversas formas de exercício do controle, o ordenamento brasileiro está claramente mais propenso ao fenômeno de judicialização da política, o que concede ao Poder Judiciário, em maior medida, a possibilidade de intervenção sobre o legislativo e de prática do ativismo judicial. Merecendo destaque o grande número de legitimados a proporem ações diretas perante o STF, com destaque aos partidos políticos, o que amplifica a ocorrência de judicialização da política; e, ainda, o instrumento do *mandado de injunção*, presente no ordenamento brasileiro e que, como já demonstrado, pode ser interpretado de forma a permitir amplos poderes ao judiciário dentro da sua função de fiscalização da constitucionalidade.

Ressalta-se que algumas das decisões tomadas pela via ativista consistiram em grandes avanços no Brasil. No entanto, é grande o risco de que da mesma forma ativista advenham decisões conservadoras e opostas a direitos das minorias. Uma vez que, como já apontado, o judiciário se esconde por detrás da técnica jurídica, dissimulando sua criação da lei e mascarando a autonomia relativa do campo jurídico (BOURDIEU, 2015). Nesse sentido, destaca Marmor (2015, p.1):

As convicções morais, políticas, algumas vezes até religiosa, dos juízes tendem a influenciar, para não dizer determinar, o resultado das decisões em matéria constitucional. Apesar de, é claro, raramente essa é a razão pública dada a elas. As razões são sempre envoltas em termo jurídicos e as frases construídas o mais legalisticamente possível (tradução livre).

Dessa forma, ainda que realidades conjunturais levem à crença de que o Judiciário sempre atuará de forma contra majoritária e na defesa dos direitos das minorias, é preciso se atentar que esse mesmo poder é capaz de tomar decisões altamente conservadoras, restringindo direitos. Ótimo exemplo reside na prática do ativismo judicial na história constitucional norte-americana, que revela uma dupla face do ativismo, a conservadora (restritiva de direitos) e a liberal (ou progressista) e um movimento pendular entre elas. Mostra-se ainda mais perigosa essa atuação judicial quando realizada da forma descrita por Marmor, mascarando seu teor político por trás de argumentos jurídicos.

## 8 - Conclusão

O presente trabalho realizou uma análise comparativa do funcionamento dos sistemas judiciais de fiscalização da constitucionalidade das leis vigentes em Portugal e Brasil. Foi feita uma apresentação das principais características e, em momento posterior, evidenciadas as principais semelhanças e diferenças de cada sistema.

Subsequentemente, sucedeu-se a uma delimitação conceitual dos termos ativismo judicial e judicialização da política, apontando também os principais argumentos de Jeremy Waldron contrariamente ao *judicial review*. A partir dessa reflexão, apontou-se o sistema brasileiro de controle como mais propenso à prática do ativismo judicial, em virtude de sua estrutura permitir uma ampla judicialização da política em geral.

Além disso, frisaram-se, em diversas partes no desenvolvimento do artigo, os riscos advindos da prática do ativismo judicial. A intenção foi, a todo o momento, não defender que a solução estaria no Judiciário ou no Legislativo, mas sim apontar que ambas as instituições apresentam falhas abissais e estão sujeitas a retroceder na concessão de direitos.

Em momento posterior desta pesquisa, pretende-se descolar a análise do plano abstrato, partindo para o exame de casos concretos em Brasil e Portugal de forma a confirmar a hipótese de existência mais frequente de ativismo judicial no cenário brasileiro.

## Referências Bibliográficas

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Rio de Janeiro: *(Syn)Thesis*, v. 5, p. 23-32, 2012.

\_\_\_\_\_. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. Cidade: Saraiva, 2004.

BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. Lisboa: Almedina, 2015.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.

HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MACHADO, Joana de Souza. *Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: PUC, Departamento de Direito, 2008.

MARMOR, Andrei. Randomized Judicial Review. *Legal Studies Research Papers Series* No. 15-8, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014.

MERRYMAN, John Henry. *The Civil Law Tradition*. The Stanford University Press, 2009.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

PORTUGAL. *Constituição da República Federativa Portuguesa*. Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.as>

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezesete anos de judicialização da política. São Paulo: Tempo Social. *Revista de Sociologia da USP*, 2007.

VICENTE, Dário Moura. *Direito Comparado – Volume I*. Coimbra: Almedina, 2014.

WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. New York: Oxford, 2004.

\_\_\_\_\_. The Core of the Case Against Judicial Review. *Yale Law Journal*, v. 115, 2006.

\_\_\_\_\_. Five to four: why do bare majorities rule on courts?. *Yale Law Journal*, v.123, n.6, 2014.

\_\_\_\_\_. *A Dignidade da Legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.