XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

RIVA SOBRADO DE FREITAS

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

NEWTON CESAR PILAU

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597

Direitos e garantias fundamentais I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Lucas Gonçalves da Silva; Newton Cesar Pilau; Riva Sobrado De Freitas.

– Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-623-9
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direitos. 3. Garantias fundamentais. XXIX Congresso Nacional do CONPEDI Balneário Camboriu - SC (3: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

Apresentação

APRESENTAÇÃO DOS TRABALHOS DO LIVRO: DIREITOS FUNDAMENTAIS I

Em Santa Catarina, na cidade de Camboriú, na tarde de 8 de dezembro de 2022, reuniram-se nas dependências da Universidade do Vale do Itajaí professores e alunos do curso de Pós-Graduação strictu sensu em Direito para dar seguimento a mais um Grupo de Trabalho do XXIX congresso Nacional do CONPEDI, reunindo trabalhos de excelência, os mais variados, versando sobre a temática da efetivação dos DIREITOS FUNDAMENTAIS.

A apresentação dos trabalhos e os debates realizados nessa oportunidade foram presenciais e estiveram sob a coordenação dos professores: professor Doutor Newton Cesar Pilau, da UNIVALI: professora Doutora Riva Sobrado de Freitas, da UNOESC; e professor Doutor Lucas Gonçalves da Silva da UFS.

Os artigos debatidos tocaram temas polêmicos e atuais o que permitiu debates acalorados, e a possibilidade de considerá-los sob diferentes perspectivas, cumprindo o que realmente se espera de um Congresso: a circulação de ideias plurais, tão necessárias à eficácia material da Democracia contemporânea.

Entre os temas selecionados para essa tarde, observamos trabalhos que pontuaram a necessidade da proteção dos Dados Pessoais enquanto Direitos Fundamentais e ressaltaram a necessidade do respeito à privacidade;

De outra parte, diferentes trabalhos retomaram o debate acerca da Liberdade de Expressão, agora com novos contornos, levando em conta os desafios contemporâneos da tecnologia e das mídias sociais. Também o Direito ao Esquecimento, esteve presente nos debates, ressaltando a sua importância para a proteção da Dignidade Humana;

Ainda sobre Dignidade Humana, observou-se um debate interessante sobre que foi chamado de" fetichização" da Dignidade Humana, como uma forma de banalização desse princípio, enquanto norma de tessitura aberta, o que muitas vezes pode levar ao comprometimento de uma decisão judicial.

Os desafios contemporâneos em relação ao Direito à Educação em face do retrocesso promovido pelas pautas conservadoras e pela intolerância religiosa também foram tratados, onde se evidenciou uma inequívoca deterioração ética, para além da exclusão de setores vulneráveis da população, como por exemplo o impacto e a violência promovidos às crianças;

Temas relativos à igualdade de gênero, numa perspectiva de “empoderamento” da mulher foram apresentados e debatidos nessa tarde, assim como a preocupação com a homofobia, racismo, e a proteção de seguimentos sociais, objeto de exclusão também foram refletidos em diferentes artigos.

Observamos portanto, nos trabalhos apresentados e nos debates que se seguiram uma grande gama de temas contemporâneos de extrema relevância.

Convocamos todos à leitura e à reflexão.

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO E O ATIVISMO JUDICIAL: QUAIS OS LIMITES DO PODER JUDICIÁRIO AO EXERCER SUA FUNÇÃO TÍPICA

DIFFUSE CONSTITUTIONALITY CONTROL AND JUDICIAL ACTIVITY: WHAT ARE THE LIMITS OF THE JUDICIAL POWER WHEN EXERCISING ITS ATYPICAL FUNCTION

Karla Thais Nascimento Santana

Resumo

O presente artigo científico tem como escopo demonstrar como o exercício da função típica pelo Poder Judiciário vem provocando alterações no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente quando se trata do exercício do controle de constitucionalidade difuso. Para tanto, será utilizada a metodologia de pesquisa que se caracteriza como qualitativa e descritiva, com uso do estudo bibliográfico e documental. Como se sabe, um dos princípios basilares da Constituição Brasileira de 1988 é a supremacia, ou seja, todas as normas devem estar de acordo com o Texto Maior. Com o objetivo de tornar isso uma realidade, o Poder Judiciário, no exercício da sua função típica, realiza o chamado controle de constitucionalidade. Na mesma esteira, também possui uma outra função essencial: o preenchimento das lacunas das leis mediante interpretação do caso concreto, muitas vezes, entendido como "ativismo" judicial. Para compreender tais premissas, será necessário desenvolver um capítulo sobre o surgimento do controle de constitucionalidade, em linhas gerais. Em seguida, a respeito do controle de constitucionalidade difuso, em especial a história da sua origem nos Estados Unidos – EUA, com o caso Marbury versus Madison, em 1803. Já no segundo capítulo, será descrito como se dá o comportamento interpretativo do Poder Judiciário no Brasil. Por fim, o terceiro capítulo tratará sobre os limites do Poder Judiciário no exercício da sua função típica. Nesse contexto, busca-se então compreender quais os limites dessa atuação, além das suas consequências positivas e negativas.

Palavras-chave: Constituição, Controle de constitucionalidade, Poder judiciário, Função típica, Ativismo judicial

Abstract/Resumen/Résumé

This scientific article aims to demonstrate how the exercise of the typical function by the Judiciary has been causing changes in the Brazilian legal system, especially when it comes to the exercise of diffuse constitutionality control. For that, the research methodology that is characterized as qualitative and descriptive will be used, with the use of bibliographic and documentary study. As is known, one of the basic principles of the Brazilian Constitution of 1988 is supremacy, that is, all norms must be in accordance with the Larger Text. In order to make this a reality, the Judiciary, in the exercise of its typical function, carries out the so-called control of constitutionality. In the same vein, it also has another essential function:

filling the gaps in the laws through the interpretation of the concrete case, often understood as judicial “activism”. To understand such premises, it will be necessary to develop a chapter on the emergence of judicial review, in general terms. Then, about the diffuse control of constitutionality, in particular the history of its origin in the United States - USA, with the case of Marbury versus Madison, in 1803. In the second chapter, it will be described how the interpretive behavior of the Judiciary takes place. in Brazil. Finally, the third chapter will deal with the limits of the Judiciary in the exercise of its typical function. In this context, we seek to understand the limits of this action, in addition to its positive and negative consequences.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitution, Control of constitutionality, Judicial power, Typical function, Judicial activism

1 INTRODUÇÃO

A Constituição brasileira, promulgada em 5 de outubro de 1988, foi considerada como o marco da redemocratização do país, uma vez que surgiu após um período marcado pela Ditadura Militar. A doutrina concede a ela algumas classificações, uma delas é quanto a sua alterabilidade, na qual é considerada como rígida. Isso significa que para que haja mudança no seu texto é necessário um procedimento especial solene, diferente das demais normas. Esse processo de alteração da Carta Maior é, em regra, é realizado pelo Poder Legislativo.

A exceção é que o Poder Judiciário, através da sua função típica, também opera de forma a amoldar o Texto Constitucional às atuais conjunturas da sociedade por meio de decisões proferidas pelos tribunais superiores (Supremo Tribunal Federal – STF, por exemplo). Um exemplo disso é o que ocorre com a mutação constitucional, isto é, a possibilidade de alterar o sentido de uma norma sem que haja alteração no seu texto.

Ele também possui a competência de analisar a compatibilidade de atos e normas com o disposto no Texto Constitucional. Essa "fiscalização" pode ser realizada pela via difusa, isto é, por qualquer juiz ou tribunal, ou pela via concentrada, onde se busca obter a declaração de inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo por meio de uma ação própria.

No entanto, essa interferência nos Poderes Executivo e Legislativo vêm gerando debates fervorosos acerca dos limites da atuação típica do Judiciário. Nesse sentido, surgem alguns questionamentos: existem limites para a atuação típica do Poder Judiciário? Seria possível afirmar que atualmente os tribunais superiores do Brasil praticam o ativismo judicial ou exercem papel fundamental para exercício da democracia?

Com o objetivo de responder a essas indagações, será necessário desenvolver um capítulo sobre o surgimento do controle de constitucionalidade, com linhas gerais. Em seguida, a respeito do controle de constitucionalidade difuso, em especial a história da sua origem nos Estados Unidos – EUA, com o caso Marbury *versus* Madison, em 1803. Já no segundo capítulo, será descrito como se dá o comportamento interpretativo

do Poder Judiciário no Brasil. Por fim, o terceiro capítulo tratará sobre os limites do Poder Judiciário no exercício da sua função típica.

No que tange à metodologia, a pesquisa se caracteriza como qualitativa e descritiva, com uso do estudo bibliográfico e documental. Sob uma contribuição teórica e social, o estudo em questão poderá servir para demonstrar como a função típica do Poder Judiciário, se exercida de forma proporcional, pode ser essencial para a garantia dos direitos fundamentais pelo fato de caminhar junto às modificações ocorridas na sociedade.

2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle de constitucionalidade no Brasil possui fundamento em três princípios basilares da Constituição da República, quais sejam a rigidez, supremacia e imutabilidade relativa. A rigidez constitucional, de acordo com Ivo Dantas (2010. p. 35-39), está relacionada aos limites atribuídos ao poder reformador, ou melhor, o fato de a alterabilidade da Carta Maior ser realizada por um processo mais dificultoso que as demais normas do ordenamento jurídico brasileiro.

Para tanto, o art. 60, § 2º, prevê que a proposta de emenda à Constituição, ou seja, sua alteração será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros, diferente da lei complementar, aprovada por maioria absoluta, e da lei ordinária, aprovada por maioria simples.

José Afonso da Silva (2010. p 45) explica que a rigidez da Constituição é derivada do princípio da supremacia constitucional. Isso significa que a Carta Magna deve ser respeitada por todas as demais normas, uma vez que se encontra no topo do ordenamento jurídico pátrio, numa posição hierárquica superior, a chamada de *lex legum*, ou melhor, a de maior força normativa. Para Vânia Hack (2005, p 126) a Carta Política é norma, hierarquicamente, superior no ordenamento jurídico, detendo supremacia. Esta superioridade normativa exige que todas as demais normas do ordenamento jurídico estejam em situação de compatibilidade com aquela.

Também deriva do entendimento da rigidez, a imutabilidade relativa, que expressa a característica da estabilidade do Texto constitucional. Em regra, a Carta Política é imutável, todavia, para que sua matéria possa acompanhar as modificações e suprir as necessidades sociais, se faz necessária sua alteração. Nesse contexto, podem-se citar os métodos de alteração formal e informal da Constituição. O primeiro diz respeito à emenda constitucional, prevista no art. 60, § 2º, da CRFB/88. Trata-se de uma modificação literal no texto. Já o segundo está diretamente ligado à mutação constitucional, que se refere a uma mudança na interpretação de uma norma, derivada de decisões judiciais com o mesmo teor.

De acordo com José Afonso da Silva (2007. p 283), as mudanças não-formais se operam no correr da história de uma Constituição, sem alterar o enunciado formal, sem mudar a letra do texto. Segundo a doutrina tradicional, isso se dá por força da modificação das tradições, da adequação político-social, dos costumes, de alteração empírica e sociológica, pela interpretação e pelo ordenamento de estatutos que afetam a estrutura orgânica do Estado. Portanto, vê-se que ambos garantem uma maior segurança jurídica para a sociedade, pois asseguram que as normas da Carta Política irão se adequar às premências da coletividade, principalmente, no que diz respeito aos direitos fundamentais.

Em face dos princípios supramencionados, surge o controle de constitucionalidade como um dos meios de garantir a supremacia constitucional. No Brasil, o controle jurisdicional é misto, abrange o concentrado, pela via direta, e o difuso, pela via incidental. Ele é classificado em diversas modalidades: quanto ao órgão; quanto ao momento; quanto ao órgão judicial que o exerce; quanto à forma ou ao modo de controle judicial.

A depender do órgão por qual ele é exercido, pode ser político ou judicial. O político deriva do direito francês, em que, de acordo com Luis Roberto Barroso (2005, p 254), remonta ao período revolucionário, criando um órgão político de controle de constitucionalidade por questões históricas e ideológicas que levaram os franceses à desconfiança em relação ao poder dos juízes e tribunais. Por isso, a Constituição Francesa de 1958 criou o Conselho Constitucional para que este se manifestasse previamente à promulgação das leis. No Brasil, o controle político é uma exceção à regra, pois o controle propriamente dito é realizado pelo Poder Judiciário. Todavia, foi conferido aos

parlamentares o direito de vetar uma lei por considerá-la inconstitucional, ato este que só pode ser realizado pelo Chefe do Executivo, e a rejeição de um projeto de lei pela Comissão de Constituição e Justiça da casa legislativa, também por esta ferir os preceitos da Carta Maior.

Já o controle judicial é a regra no direito brasileiro. Ele pode ser exercido tanto pela via incidental, como pela via direta. Na via incidental ou difusa, ele será elemento prejudicial no processo, isto é, não será o objeto principal da lide, apenas ajudará a dar solução a esta. Por isso, qualquer juiz ou tribunal poderá exercê-lo. Pela via direta ou concentrada, ele será exercido por meio de ações endereçadas ao Supremo Tribunal Federal, que possui a competência constitucional de julgá-las. Frise-se que este último modelo possui origem no direito austríaco, através da obra "*Quien debe ser el defensor de la Constitucion?"*, de Hans Kelsen, que recepcionou a doutrina americana do *judicial review*, no qual, de acordo com Dirley Cunha (2010, p 76-77), a jurisdição constitucional foi confiada a todos os órgãos do Poder Judiciário. Todavia, diferente do modelo norte-americano, que concebe uma jurisdição constitucional difusa, o modelo austríaco criou o sistema concentrado. Assim, a jurisdição constitucional estaria restrita a apenas um órgão, o Tribunal Constitucional, e a norma inconstitucional seria o objeto principal da ação.

Vânia Hack (2005, p 87) ensina que o controle de constitucionalidade se constitui em mecanismo de preservação da ordem constitucional, já que a esta é garantida o princípio da supremacia. Para ela, a Carta Maior é um conjunto harmônico de normas, harmonia que se manifesta a partir da unidade desse sistema normativo. Portanto, maculada a ordem constitucional, faz-se necessário que se restabeleça a unidade ameaçada. É nessa vertente que se verifica a importância do controle de constitucionalidade para o ordenamento jurídico pátrio, já que, ao se verificar a presença de atos normativos inconstitucionais, ele funciona como um mecanismo de preservação da ordem constitucional.

2.1 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO

O controle de constitucionalidade, de acordo com Bernardes e Ferreira (2018, p 316) é a atividade destinada à garantia da supremacia das constituições por meio da verificação de eventual reparação ou depreciação dos atos inconstitucionais. Ele tem

como como parâmetro o fato da constituição, segundo a pirâmide de Kelsen, ocupar o topo do ordenamento jurídico.

A primeira ideia de controle de constitucionalidade difuso que se tem notícia surgiu nos Estados Unidos, no século XIX, através caso Marbury *versus* Madison, julgado em 1803 pela Suprema Corte Americana. Foi ele que deu origem à chamada doutrina *judicial review*, ou seja, o controle atribuído aos órgãos do Poder Judiciário.

A Constituição dos Estados Unidos não definiu com precisão a extensão dos limites dos poderes da Suprema Corte, que era, acima de tudo, um órgão federal. Portanto, a definição exata das possibilidades de intervenção da Suprema Corte era crucial para definir não apenas o funcionamento do sistema de checks and balances, mas também para se determinar a extensão do poder da União em face dos estados (CASAGRANDE; TIBÚRCIO, 2019, p 200).

Segundo os ensinamentos de Bulos (2014, p 193-195) no ano de 1797, os Estados Unidos eram governados pelo presidente John Adams, membro do Partido Federalista, que era amplamente criticado pelo Partido Republicano acerca do posicionamento americano sobre o conflito entre França e Inglaterra. A atual oposição dos federalistas acreditava que os Estados Unidos possuíam dívida histórica com a França, visto que a Europa foi uma grande aliada para sua independência. Ao fim do seu mandato, John Adams nomeou William Marbury para ocupar cargo estratégico no poder judiciário federal. Ocorre que, antes de tomar posse, nas eleições de 1800, o partido federalista foi derrotado pelo partido republicano, que elegeu o presidente Thomas Jefferson. Este, por sua vez, ordenou ao atual Secretário de Estado, James Madison, que não concedesse a posse aos beneficiários.

Inconformado com a situação, Marbury ajuíza uma ação com o objetivo de pleitear sua nomeação. Ainda de acordo com Bulos (2014, p 191) a problemática era muito mais política do que jurídica. Enquanto a Corte Suprema era composta, em sua maioria, por federalistas, o Congresso e o Executivo eram controlados pelos republicanos, que nunca admitiram qualquer interferência direta do Judiciário nas deliberações do Executivo. Nesse sentido, a Suprema Corte julgou improcedente o pedido com fundamento na inconstitucionalidade.

Surge assim o controle de constitucionalidade difuso, em que qualquer juiz, em qualquer grau de jurisdição, tem competência para realizá-lo, como aconteceu no caso de Marbury *versus* Madison. Alexandre de Moraes (2015, p 735) ensina que o controle difuso caracteriza-se, principalmente, pelo fato de ser exercitável somente perante um caso concreto a ser decidido pelo Poder Judiciário. Assim, posto um litígio em juízo, o Poder Judiciário deverá solucioná-lo e para tanto, incidentalmente, deverá analisar a constitucionalidade ou não da lei ou do ato normativo. A declaração de inconstitucionalidade é necessária para o deslinde do caso concreto, não sendo, pois, objeto principal da ação

A doutrina considera que a origem do controle de constitucionalidade difuso no Brasil surgiu com o Decreto 848 de 11 de outubro de 1890, com a seguinte norma "na guarda e aplicação da Constituição e leis federais, a magistratura federal só intervirá em espécie e por provocação da parte". De acordo com Luiz Streck (2011, p 148) ele se deu a partir da designação de um órgão de cúpula do Poder Judiciário que seria encarregado de realizar esse controle. Percebe-se, então, que o direito brasileiro se inspirou de forma direta no modelo constitucional americano de controle, cujas características já foram delineadas.

A Carta Maior de 1934 conduziu a existência da cláusula de reserva de plenário e a competência do Senado Federal para editar resolução que suspende a lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. A Constituição de 1937, fruto de um golpe militar, por sua vez, não previu a hipótese da Casa Legislativa suspender a lei inconstitucional.

A Constituinte de 1946 representou o fim do autoritarismo e recuperou as supressões realizadas pela Carta de 1937. Um fato importante é que a Emenda Constitucional 16/1965 instituiu o sistema de controle concentrado de constitucionalidade, isto é, via ação direta. Assim, o Pretório Excelso passa a ter competência para declarar lei ou ato normativo inconstitucional mediante ação autônoma encaminhada pelo Procurador Geral da República. É importante destacar que o controle incidental não foi afetado pela referida emenda.

O Texto de 1967 não alterou de forma significativa o controle de constitucionalidade, apenas retirou a possibilidade de ação genérica realizada pelos

Estados, através da Emenda 16/1965. A Carta de 1967, por sua vez, manteve o sistema de controle e inseriu a possibilidade de ação direta estadual, porém, limitada ao âmbito do Estado em Município.

Por fim, a Constituição democrática, promulgada em 1988, manteve o sistema misto de constitucionalidade, ou seja, as possibilidades de declaração de inconstitucionalidade tanto pelo controle concentrado, quanto pelo difuso. De acordo com Barroso (2012. p 88), o controle incidental difuso continuou a ser previsto de forma expressa, porém, oblíqua, na disciplina do cabimento do recurso extraordinário, da qual decorre a inequívoca possibilidade de declaração de inconstitucionalidade por juízes e tribunais.

Nesse contexto, a inconstitucionalidade, segundo Bulos (2015, p 204), pela via de exceção ou de defesa, as partes, no curso de um processo, podem suscitar o problema de inconstitucionalidade, como questão prejudicial, cabendo ao juiz ou tribunal decidi-la, pois, só assim, a questão principal poderá ser resolvida. De acordo com Luís Roberto Barroso (2016, p 145) o controle incidental ainda é a única via acessível ao cidadão comum para a tutela de seus direitos subjetivos constitucionais.

É imprescindível frisar que a inconstitucionalidade é analisada no prisma de questão prejudicial, essencial para o julgamento do mérito, todavia, não o constitui. Alexandre de Moraes (2017. p. 983) defende que, na via de exceção, a pronúncia do Judiciário sobre a inconstitucionalidade não é feita enquanto manifestação sobre o objeto principal da lide, mas, sim, sobre questão prévia, indispensável ao julgamento do mérito. Nesta via, o que é concedido ao interessado é obter a declaração de inconstitucionalidade somente para o efeito de isentá-lo, no caso concreto, do cumprimento da lei ou ato, produzidos em desacordo com a Lei maior. Portanto, o ato ou a lei permanecem válidos no que se refere à sua força obrigatória com relação a terceiros, uma vez que o juiz não declara sua inconstitucionalidade, apenas deixa de aplicá-la no caso concreto.

3 O COMPORTAMENTO INTERPRETATIVO DO PODER JUDICIÁRIO

A Constituição Brasileira de 1988 foi resultado de uma Assembleia Constituinte criada em 1987 e formada por membros do Poder Legislativo. Ela trouxe um extenso

leque de direitos fundamentais, entre eles, o de eleger os representantes do povo por meio do voto direto, secreto, universal e periódico, conforme previsão expressa no art. 60, § 4º, inciso II.

Apesar do longo rol de direitos previstos na Carta Maior, há a necessidade do julgador interpretar a norma de acordo com o caso concreto. Para Luís Roberto Barroso (2005, p 14), o ordenamento jurídico nem sempre fornece ao aplicador do direito a norma pré-pronta, havendo casos nos quais a solução jurídica há de ser construída através da hermenêutica pelo intérprete. O Texto Constitucional possui uma característica axiológica, fundamentada na aproximação do direito e da moral, o que facilita a interpretação do seu corpo com a realidade fática.

É a partir dessa conjuntura que o Poder Judiciário torna-se imprescindível à garantia dos direitos fundamentais, uma vez que está mais próximo da realidade da sociedade. Ao exercer sua função típica, qual seja, julgar, o poder em epígrafe realiza uma hermenêutica judicial ao interpretar as normas de acordo com a situação real colocada em pauta. Luís Roberto Barroso (2005, p 14) afirma que, ao longo dos últimos anos, verificou-se uma crescente judicialização da vida, rótulo que identifica o fato de que inúmeras questões de grande repercussão moral, econômica e social passaram a ter sua instância decisória final no Poder Judiciário e, com frequência, no Supremo Tribunal Federal.

Esse fato vem se ampliando ao longo do tempo, visto que há debates fervorosos no meio social e político acerca da atuação obsoleta do Poder Legislativo. Além disso, há de se considerar sua defasagem perante os inúmeros casos de corrupção, omissão na elaboração de leis e desqualificação dos seus integrantes. No mais, é perceptível que o Poder Judiciário está mais próximo à sociedade em razão da democratização do acesso à justiça, com o julgamento de questões sociais relevantes, em que há a possibilidade serem abrangidas pelas decisões judiciais interpretativas.

Ocorre que alguns classificam esse exercício como “ativismo judicial”, isto é, a atuação proativa do Poder Judiciário. Segundo Lênio Luiz Streck (2011, p 16) trata-se de uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo seu sentido e alcance. Há críticas relevantes associadas à atuação do judiciário frente a questões relacionadas aos direitos fundamentais, todavia, percebe-se

que, na contemporaneidade, este atua no sentido de fazer cumprir a Constituição, portanto, não há o que se falar do conceito admoesto do ativismo, na medida em que não se trata de atuar como legislador.

De acordo com Luís Roberto Barroso (2016, p 178) a expressão "ativismo judicial" surgiu nos Estados Unidos e serviu como qualificação para a Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Para ele, seu conceito se baseia na ideia de participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização de valores e fins constitucionais. Para ele, o ativismo é uma atitude, ou seja, um meio proativo de interpretar a Constituição, ampliando seu sentido.

Appio (2008, p 308), ensina que o ativismo é uma ferramenta que promove à democracia, nos casos em que a Suprema Corte compreende seu papel histórico, dispondo de credibilidade política suficiente para contraria a vontade da maioria do Congresso ou quando protege direitos fundamentais.

Em verdade, a atuação do Poder Judiciário, se realizada de forma equilibrada e de acordo com os princípios constitucionais, concede uma nova roupagem aos direitos e às garantias fundamentais, sem, no entanto, ofendê-los, pelo contrário, ampliá-los e garantir, assim, uma sociedade livre, justa e solidária, com a promoção dos preceitos objetivos da República Federativa do Brasil e essenciais ao Estado Democrático de Direito.

4 OS LIMITES DO PODER JUDICIÁRIO NO EXERCÍCIO DA SUA FUNÇÃO TÍPICA: NECESSIDADE DE UMA ATUAÇÃO PROPORCIONAL

A separação dos poderes é um princípio geral que possui previsão no artigo 2º da Constituição Federal de 1988. Ele possui como base o modelo idealizado por Montesquieu, em que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário possuem características e funções distintas, baseadas na teoria dos freios e contrapesos. Cintia Garabini Lages (2008, p 58) explica que a teoria da separação de poderes de Montesquieu possibilitou a redefinição do poder do Estado como poder limitado. Ao chamar a atenção para o perigo de se concentrar em um só órgão todos os poderes do Estado, afirmou que o mesmo deveria ser divido em funções distintas atribuídas a órgãos estatais diversos, propondo uma separação de funções equilibrada

Na mesma esteira, Dallari (2012, p 218) afirma que o sistema de separação dos poderes, consagrado nas Constituições de quase todo o mundo, foi associado à ideia de Estado Democrático e deu origem a uma engenhosa construção doutrinária, conhecida como sistema de freios e contrapesos.

Como já foi bem destrinchado ao longo do presente estudo, o Poder Judiciário possui duas funções: a típica e a típica. Sua função típica é a atividade jurisdicional, já a função típica está diretamente relacionada ao preenchimento das lacunas das leis mediante interpretação do caso concreto, desde que respeitado o princípio da proporcionalidade.

Entende-se, de acordo com os ensinamentos de José Leite e Ubirajara (2018, p 23), que a proporcionalidade foi inicialmente concebida como regra de equidade, em seguida passou a associar-se a um fundamento de controle dos atos estatais, após, serviu de substrato para o controle de legalidade de atos in concreto, e posteriormente ao controle e filtragem constitucionais. Ela representa um importante instrumento da passagem do Estado de Direito para algo mais, o Estado Constitucional de Direitos.

Na visão de Karl Larenz, o princípio da proporcionalidade é de direito material, decorrente diretamente da noção de justiça, justa medida, moderação, que se converte em fio condutor metodológico da concretização judicial da norma. E, sabendo que, na manifestação desses princípios, restará uma margem pessoal de avaliação de um lado, concebe-se a "ponderação de bens" como um processo racional que segue princípios identificáveis e, até certo ponto, comprováveis (LARENS, 2014, p. 586-587).

Ocorre que diante da atual conjuntura da sociedade, há um debate que envolve o Poder Judiciário. O fato da Constituição ter sido promulgada em 1988 e mesmo assim ainda existir omissão de normas para regulamentar os direitos nela previstos é um deles. Além disso, a desilusão com a política majoritária, em razão dos escândalos de corrupção e consequente crise de representatividade, fizeram com que o Poder Judiciário atuasse de forma mais ativa, a fim de concretizar os valores normativos constitucionais.

Um exemplo claro é a criminalização da homofobia. Diante da necessidade de publicação de lei federal acerca dessa temática, o Supremo Tribunal Federal, em 13 de junho de 2019, decidiu criminalizar a homofobia com a aplicação da Lei do Racismo (Lei

n. 7.716/1989) através do julgamento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) 26 DF 9996923-64.2013.1.00.0000.

No entendimento do Ministro Relator Celso de Mello, a noção de racismo não se resume a um conceito de ordem estritamente antropológica ou biológica, projetando-se, ao contrário, numa dimensão abertamente cultural e sociológica, abrangendo, inclusive, as situações de agressão injusta resultantes de discriminação ou de preconceito contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou em decorrência de sua identidade de gênero.

Todavia, em alguns pontos, essa atividade proativa é realizada de forma desproporcional, com interferência nos demais poderes. O Judiciário, inúmeras vezes, atua como se Legislativo fosse, causando o enfraquecimento da ideia de democracia presente no ordenamento jurídico pátrio. Bulos (2007, p 90) discorre que a interferência de um poder sobre o outro é apenas admissível para garantir direitos fundamentais, impedindo abusos e atentados contra a própria Constituição, caso contrário de nada adiantará a constitucionalização do princípio, porque ele existirá, apenas, nominalmente, sem qualquer relevância prática.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou a realização de uma análise pormenorizada a respeito dos limites do exercício da função típica do Poder Judiciário. Verifica-se que ele opera de forma a amoldar o Texto Constitucional às atuais conjunturas da sociedade por meio de decisões proferidas pelos tribunais superiores (Supremo Tribunal Federal – STF, por exemplo). No entanto, essa atuação proativa vem gerando debates fervorosos acerca de existir um possível "ativismo judicial" no ordenamento jurídico brasileiro.

Com o fito de obter solução para o imbróglio trazido à baila, qual seja, a atuação proativa do Poder Judiciário, foi necessário desenvolver um capítulo sobre o surgimento do controle de constitucionalidade, com linhas gerais. Em seguida, tratar a respeito do controle de constitucionalidade difuso, em especial a história da sua origem nos Estados Unidos – EUA, com o caso Marbury *versus* Madison, em 1803. Também foi descrito como se dá o comportamento interpretativo do Poder Judiciário no Brasil. Por fim, o

terceiro capítulo buscou entender quais limites do Poder Judiciário no exercício da sua função típica.

Acontece que o ativismo judicial leva à questionamentos, tendo em vista a ausência de legitimidade democrática dos juízes para realizar escolhas políticas, em suas decisões, quando exercem o controle judicial. No Brasil, essas questões se acentuaram diante da desilusão com a política majoritária, em razão dos escândalos de corrupção e consequente crise de representatividade.

Todavia, diante da inércia do Poder Legislativo, alguns assuntos, como a regulamentação do casamento homoafetivo e a criminalização da homofobia, por exemplo, foram objeto de uma maior atividade judicial e significaram avanços positivos no ordenamento jurídico brasileiro.

A globalização faz com que as transformações da sociedade aconteçam de forma mais rápida, por isso é imprescindível que as normas se adaptem às novas realidades que surgem. Não é sensato, a aplicação de normas constitucionais em sua literalidade, sem que haja amoldamento com a atualidade, uma vez que a realidade em 1988, data da promulgação do Texto Constitucional, é completamente diferente dos dias atuais.

Em verdade, a atuação do Poder Judiciário, se realizada de forma equilibrada e de acordo com os princípios constitucionais, concede uma nova roupagem aos direitos e às garantias fundamentais, sem, no entanto, ofendê-los, pelo contrário, ampliá-los e garantir, assim, uma sociedade livre, justa e solidária, com a promoção dos preceitos objetivos da República Federativa do Brasil e essenciais ao Estado Democrático de Direito. Logo, conclui-se que o ativismo não rompe a teoria da separação dos poderes, desde que seja usado com cautela.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Vânia Hack de. **Controle de Constitucionalidade**. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2005.

APPIO, Eduardo. **Direito das Minorias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. **Grandes transformações do Direito Contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy**. São Paulo: Saraiva, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BITTENCOURT, C. A. Lúcio. **O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis. Série "Arquivos do Ministério da Justiça"**. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Disponível em: <https://ia801302.us.archive.org/26/items/BobbioAEraDosDireitos/Bobbio%20%20A%20era%20dos%20direitos.pdf>. Acesso em: 18 de abril de 2022.

BOBBIO. Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

BRASIL. Decreto-Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal.** Publicação em Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, RJ: 31 de dezembro de 1940.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 82.959-SP**.** Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2110217> .Acesso em: 18 de maio de 2022.

BRASIL. Constituição (1934**) Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1934. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em 18 de maio de 2022.

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

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BULOS, Uadi Lâmmego. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 1.024.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado.** 31.ed. - São Paulo: Saraiva, 2012.

DANTAS, Bruno. **Repercussão Geral**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

DANTAS, Ivo. **O Valor da Constituição**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2010. p. 35-39

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: JusPodivm, 2006.

FONSECA, Edson Pires da. **Direito Constitucional Legislativo: Poder Legislativo, Direito Parlamentar e Processo Legislativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Jurís, 2014.

GARCIA-PELAYO, Manuel. **Derecho Constitucional Comparado**. 7 ed. Madri: Revista de Ocidente.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Controle de Constitucionalidade – Teoria e prática**. 4.ed. Salvador: JusPODIVM, 2010. p. 76-77.

LAGES, Cintia Garabini. Separação dos poderes: tensão e harmonia. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XI, n. 58, out 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5223%3E>. Acesso em 08 de maio de 2022.

LARENS, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução José Lamengo. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOEWESTEIN, Karl. **Teoria de la Constituición**. Trad. Alfredo Galego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1970.

MARINONI, Luiz Guilherme, e MITIDIERO, Daniel. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário**. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MASSON, Nathália. **Manual de Direito Constitucional**. 3. ed. Salvador: Editora JusPodvm, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2017. MS 24.667 AgR, rel. min. Carlos Velloso, j. 4-12-2003, P, DJ de 23-4-2004.] = MS 32.033, rel. p/ o ac. min. Teori Zavascki, j. 20-6-2013, P, DJE de 18-2-2014.

PACHECO, José da Silva. **O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade. Conceitos, sistemas e efeitos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**, 9. ed., São Paulo: Saraiva, 1982.

SANTOS NETO, JOSÉ LEITE DOS; COELHO NETO, UBIRAJARA. **OS MEIOS EXECUTIVOS ATÍPICOS E A PROPORCIONALIDADE**. Revista Cidadania e Acesso à Justiça, v. 4, p. 20-40, 2018

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional**. 5. ed. Editora Forense: Rio de Janeiro, 2018. p. 148.

STRECK, Lênio Luiz. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**. v. 10, Curitiba: Revista da AGU, 2011.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

VASCONCELOS, Clever. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

VIANA, Ulisses Schwarz. **Repercussão geral sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.