

**Evento:** XXV SEMINÁRIO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA

**AS CONTRIBUIÇÕES DE LÊNIO STRECK SOBRE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E O ATIVISMO JUDICIAL: O CASO BRASILEIRO<sup>1</sup>**  
**THE CONTRIBUTIONS OF LENIO STRECK ON CONSTITUTIONAL JURISDICTION AND JUDICIAL ACTIVISM: THE BRAZILIAN CASE**

**Julia Santi Fischer<sup>2</sup>, Laura Mallmann Marcht<sup>3</sup>, Alfredo Copetti Neto<sup>4</sup>**

<sup>1</sup> Trabalho realizado no projeto de pesquisa Direito e Economia às Vestes do Constitucionalismo Garantista.

<sup>2</sup> Acadêmica do Curso de Direito da UNIJUI e bolsista de Iniciação Científica UNIJUI. E-mail: juliasantifischer@hotmail.com.

<sup>3</sup> Acadêmica do Curso de Direito da UNIJUI/RS, estagiária da 1ª Vara da Justiça Federal da Subseção de Ijuí, voluntária no projeto de pesquisa, e editora da Rede Garantismo Brasil. E-mail: laura.marcht@hotmail.com.

<sup>4</sup> Professor PPGSS Direito da Unijuí. Advogado OAB-RS. E-mail: alfredocopetti@yahoo.com.

## **INTRODUÇÃO**

O presente trabalho objetiva analisar enfaticamente a partir da perspectiva de Lênio Streck, o panorama contextual referente ao desenvolvimento do sistema de jurisdição constitucional dentro do Brasil, que tem por escopo efetuar o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos.

A partir disso, propõe-se também verificar as questões tangentes a um fenômeno jurídico correlato a interpretação legal, conhecido como ativismo judicial, que desemboca na judicialização da política e também na politização discricionária do judiciário.

Outrossim, objetiva-se a contribuição para uma visão sistêmica da situação jurídica vigente, refletindo sobre eventuais mudanças, avanços e retrocessos desinentes do referido eixo histórico-constitucional.

## **METODOLOGIA**

A partir da leitura e fichamento de livros jurídicos e textos legais, constituir-se-á análise histórica e de conteúdo, caracterizando-se como uma pesquisa qualitativa, possibilitando a discussão, reflexão e construção crítica sobre a temática posta. O método a ser utilizado é o hipotético-dedutivo.

## **RESULTADOS E DISCUSSÃO**

O sistema de jurisdição constitucional ganhou seus primeiros ares com a Constituição de 1891, no contexto histórico de pós-proclamação da República. O texto constitucional previra expressamente

**Evento:** XXV SEMINÁRIO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA

o controle de constitucionalidade de forma difusa (art. 59, §1º, alíneas "a" e "b"), baseando-se no sistema estadunidense de *judicial review*, aplicável somente em casos concretos, considerando o modelo de justiça dos Estados Unidos da América de *Common Law*.

Streck (2002, p. 341) enfatiza que "o maior problema desta nossa embrionária forma de controle decorria do fato de que não havia como dar efeito erga omnes e vinculante às decisões do Supremo Tribunal Federal", tendo efeitos inter partes e não vinculantes, diferentemente do modelo-base provindo dos EUA, que, com o *stare decisis*, estabelecia precedentes e vinculava os tribunais inferiores em relação às decisões dos tribunais superiores (STRECK, 2002, p. 339-342).

Mais tarde, com a Assembleia Constituinte de 1933, inspirada pelas Constituições de Weimar e Republicana Espanhola de 1931, e com a Constituição de 1934, sucedeu-se tentativa de resolução da falta de efeito erga omnes, além de estabelecer a função do Senado no controle de constitucionalidade.

Considerando o art. 91, IV, se estabelecera a competência do Senado de "suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário", ou seja, após a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo pelo STF, esse deveria informar ao Senado, em consideração à competência para a suspensão de execução da lei.

Estabilizou-se, *inter partes*, o efeito *ex tunc*, e, em caso de suspensão da execução de lei ou ato normativo pelo Senado, o efeito *ex nunc* e *erga omnes*, relativo ao restante da sociedade. Denota-se que até que o STF não comunicasse ao Senado a declaração de inconstitucionalidade, e este não suspendesse a execução, nenhum juiz ou tribunal estaria vinculado, podendo prosseguir com a aplicação da lei inconstitucional.

Essa circunstância denotava uma natureza liberal e individual do sistema jurídico (visto que preterira a Constituição), em antítese comparada ao viés social do texto constitucional de 1934, não havendo sistema de controle constitucional concentrado (STRECK, 2002, p. 344-348).

Em 1937, com a outorga de uma nova constituição por Getúlio Vargas, uma das principais mudanças no tocante do contexto constitucional jurisdicional foi a possibilidade do Parlamento em vetar as decisões do STF relativas a inconstitucionalidade das leis, ainda que mantivesse o sistema difuso, todavia sem remissão ao Senado (STRECK, 2002, 348-349).

Findo o período, se inicia processo de redemocratização do país. Com a Constituição de 1946, não houve significativas alterações no controle de constitucionalidade e de jurisdição constitucional.

**Evento: XXV SEMINÁRIO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA**

Todavia, Streck (2002, p. 350) refere que a Constituição de 1946 emprestou à ação interventiva uma configuração que ela, basicamente, mantém hodiernamente, “diferentemente do que ocorria na Constituição de 1934, agora a intervenção deveria se fazer preceder de um julgamento sobre a inconstitucionalidade do ato estadual”.

Ainda sob a égide da Constituição de 1946, a EC nº 16 de 1965, no art. 101, I, alínea k, foi estabelecida “a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República”, caracterizando o controle concentrado de constitucionalidade, curiosamente no regime militar.

No período ditatorial, dois anos depois, outorga-se a Constituição de 1967, mantendo o controle difuso e a representação interventiva nos moldes preexistentes. Com a Emenda nº 1 de 1969, o arbítrio foi institucionalizado. Explica-se: através dela, foram alterados os parâmetros de controle de constitucionalidade, no sentido da admissão desse, feito pelo Tribunal de Justiça do Estado, caso violado algum dos princípios sensíveis. O Estado poderia intervir, portanto, no Município.

Enfatiza-se e critica-se fortemente a mitigação das garantias e direitos nesse período, principalmente a suspensão de direitos políticos, a censura e a cassação de mandatos. Ademais, com a Emenda nº 7, de 1977, foi introduzida no direito brasileiro a Ação de Interpretação de Direito Federal, fazendo-se presente o efeito vinculante no controle de constitucionalidade, assim como a possibilidade do STF conceder medida cautelar em representação de inconstitucionalidade (STRECK, 2002, p. 354-356).

A vigente Constituição Federal manteve os sistemas de controle já previstos (concentrado e difuso), alterando, todavia, o cerne tirano do sistema concentrado, ampliando, nos termos do art. 103, I-IX, o rol de legitimados a propositura das ações de controle de constitucionalidade; adicionou-se também a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão no ordenamento jurídico brasileiro (STRECK, 2002, p. 361).

A partir da omissão por parte do Legislativo e da pretensa intenção do Judiciário de corrigir as omissões daquele, insurge o fenômeno do “panprincipiologismo”, decorrentes das recepções errôneas da jurisprudência dos valores, do realismo norte-americano e da teoria da argumentação jurídica.

Decorre dessa ponderação a verdadeira aplicação dos princípios como valores a serem seguidos, e não como regras, criando uma confusão entre o Constitucionalismo Garantista e o conhecido Neoconstitucionalismo. Este último, também denominado por Luigi Ferrajoli como constitucionalismo jusnaturalista ou principialista, é criticado por transformar direitos e garantias fundamentais em valores ou princípios morais, fragilizando o direito por meio da ponderação

**Evento: XXV SEMINÁRIO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA**

(STRECK, 2012).

Tem ocorrido confusões na aplicabilidade desses princípios no cotidiano jurídico: enquanto esses deveriam orientar um fechamento no que tange à interpretação e aplicabilidade, tem-se utilizado os princípios para abrir interpretações, causando grande instabilidade jurídica, pois que surgem novos direitos diversos do pretendido pelo legislador. Acarreta essa prática, numa verdadeira inversão de papéis, permitindo que os juízes se transformem em legisladores (STRECK, 2012).

Segundo Lênio Streck, “sob a bandeira “neoconstitucionalista” defende-se, ao mesmo tempo, um direito constitucional da efetividade; um direito assombrado pela ponderação de valores, uma concretização *ad hoc* da Constituição”(2012, p. 62). Nesse sentido, através da prestação jurisdicional que dá resolução ao mérito às demandas que se é possível notar a utilização dos princípios como valores, e não como regras, muitas vezes confundindo o direito com a moral porque balizado na ponderação e não na subsunção.

É nesse contexto que se insere o Constitucionalismo Garantista, capaz de alterar a realidade por meio do direito (Bobbio sobre Ferrajoli), através do positivismo jurídico. O garantismo nesse sentido, busca minimizar - e não resolver, uma vez que utópico esse ideal - a discricionariedade dos poderes, e em especial, do Judiciário.

Para Ferrajoli, é intrínseco ao papel do juiz a discricionariedade, mas que tal permissão não deve permitir que haja precedentes à decisões ativistas. Essas decisões acabam por violar o ordenamento jurídico, uma vez que esse é pautado pelo positivismo jurídico, elencando regras e princípios que devem ser seguidos.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A partir desse resumo pode-se denotar a evolução do que se entende por controle de constitucionalidade, e como a omissão por parte do Legislativo proporcionou que o Judiciário fosse mais ativo em sua função.

Entretanto, tal atividade por parte desse, desembocou no fenômeno do *panprincipiologismo*, causador do ativismo judicial que atualmente é ignorado por grande parte da população. Deve-se isso em razão da falsa sensação de justiça que tal poder parece propiciar ao “escolher” e não “decidir”, gerando um real decisionismo dos juízes.

O decisionismo torna-se problemático dada a possibilidade de vulnerabilização do Direito através da manifestação de vontades políticas e morais do juiz, entrando em contrariedade com o dever de agir em zelo à Constituição e às leis. O ativismo dentro do poder Judiciário oferece riscos

**Evento:** XXV SEMINÁRIO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA

potenciais no tocante da legitimidade democrática, considerando a disposição constitucional referente à coexistência harmônica entre os três poderes da União e os limites ao poder estabelecidos pelo próprio poder.

**Palavras-chave:** controle de constitucionalidade; teoria da argumentação jurídica; constitucionalismo; garantismo jurídico; ponderação.

**Keywords:** judicial review; theory of legal argumentation; constitutionalism; legal guarantee; weighting.

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica - Uma Nova Crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

\_\_\_\_\_. As Recepções Teóricas Inadequadas em Terrae Brasilis. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 2-37, jul./dez. 2011.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica do direito. 10ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

\_\_\_\_\_; Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: ROSA, Alexandre Morais da [et al.]. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo:** um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.