

LAURA FERREIRA DE SOUSA

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O ATIVISMO JUDICIAL

LAURA FERREIRA DE SOUSA

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O ATIVISMO JUDICIAL

Trabalho apresentado ao Curso de Direito do Centro Universitário Filadélfia – UNIFIL, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel.

Orientadora: Prof^ª. Mestra Ana Karina Ticianelli Möller

LAURA FERREIRA DE SOUSA

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O ATIVISMO JUDICIAL

Trabalho apresentado ao Curso de Direito do Centro Universitário Filadélfia – UNIFIL, como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel.

COMISSÃO EXAMINADORA:

Prof^ª. Mestra Ana Karina Ticianelli Möller
Orientadora

Prof. João Ricardo Anastácio da Silva

Prof. Antônio Guilherme de Almeida Portugal

Londrina, 15 de junho de 2015

A minha mãe, Silene, pelo incansável esforço e esperança diante dos obstáculos da vida.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por ter guiado meus caminhos, me acompanhando em momentos difíceis e me ofertado tantas alegrias.

A meu pai, exemplo de honestidade e sacrifício, responsável pela formação do meu caráter e responsabilidade.

Ao Biscuit, meu pequeno companheiro, pelas alegrias e surpresas, tornando meus dias menos difíceis.

À Prof^a. Ms. Ana Karina Ticianelli Möller, pela compreensão, paciência e entusiasmo na elaboração deste trabalho.

A todos os professores da UNIFIL, que me acompanharam durante esses cinco anos, transmitindo sua sabedoria e dedicação pelo ensino.

Aos meus colegas, por todo o apoio e colaboração.

“De tanto ver triunfar as nulidades; de tanto ver prosperar a desonra, de tanto ver crescer a injustiça. De tanto ver agigantarem-se os poderes nas mãos dos maus, o homem chega a desanimar-se da virtude, a rir-se da honra e a ter vergonha de ser honesto”.

(Rui Barbosa)

SOUSA, Laura Ferreira de. **O Supremo Tribunal Federal e o Ativismo Judicial**. Trabalho de Conclusão de Curso. Curso de Bacharelado em Direito. Centro Universitário Filadélfia, 2015.

RESUMO

Esta pesquisa tem como objetivo a análise do ativismo judicial exercido pelo Supremo Tribunal Federal, mediante apresentação de textos bibliográficos de renomados autores do Direito Constitucional, utilizando-se, portanto, do método de pesquisa descritivo e dedutivo. Primeiramente, será analisado o instituto da separação de poderes, uma vez que fundamenta diversas críticas acerca da atividade ativista da Corte. Após, serão apresentadas considerações teóricas do controle de constitucionalidade e as ações pertinentes ao tema, considerando sua imensa importância para a concretização dos direitos fundamentais, inclusive através do ativismo judicial. Na sequência, será demonstrada a necessidade das funções de cunho ativista exercidas pelas Cortes Constitucionais por todo mundo na concretização do texto constitucional e dos direitos fundamentais. Por fim, explana-se a atuação do Supremo Tribunal Federal no Brasil e exemplifica-se sua atuação ativista em três exemplos históricos: a legalização da antecipação terapêutica do feto anencéfalo, o reconhecimento da união estável homoafetiva e da greve dos servidores públicos.

Palavras-chave: Ativismo. Supremo Tribunal Federal. Judicialização. Direitos Fundamentais.

ABSTRACT

This research aims to analyze the judicial activism exercised by the Supreme Court, by presenting bibliography of renowned authors of the constitutional law, therefore using the descriptive and deductive research method. Firstly it will be analyzed the separation of powers, because various critics concerning the judicial activism are based on it. After, theoretical considerations will be presented about the constitutional review and the judicial actions relevant to the theme, considering its immense significance on the realization of fundamental rights, including through judicial activism. Finally, will be demonstrated the need for activist functions exercised by Constitutional Courts all over the world in the implementation of the constitutional text and fundamental rights. Finally, it explains the role of the Supreme Court in Brazil and exemplifies its activist role in three historical examples: the legalization of abortion of anencephaly fetus, same-sex union recognition and the strike of public servants.

Keywords: Activism. Supreme Court. Judicialization. Fundamental Rights.

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| 1 INTRODUÇÃO | 10 |
| 2 DA SEPARAÇÃO E FUNÇÃO DOS PODERES | 13 |
| 2.1 Poder Legislativo | 15 |
| 2.2 Poder Executivo | 17 |
| 2.3 Poder Judiciário..... | 18 |
| 3 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DA APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS | 19 |
| 3.1 Dos Direitos Fundamentais previstos da Constituição Federal de 1988 | 22 |
| 3.2 Aplicabilidade das Normas Constitucionais..... | 24 |
| 3.3 Normas Programáticas..... | 25 |
| 4 AÇÕES CONSTITUCIONAIS E INSTRUMENTOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE..... | 26 |
| 4.1 Instrumentos processuais de controle | 32 |
| 4.1.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica..... | 33 |
| 4.1.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão | 36 |
| 4.1.3 Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental | 40 |
| 4.1.4 Mandado de Injunção | 42 |
| 5 DO ATIVISMO JUDICIAL | 44 |
| 5.1 As Cortes Constitucionais como ativistas judiciais | 50 |
| 5.2.Descriminalização da antecipação terapêutica do feto anencéfalo | 52 |
| 5.3 Reconhecimento da união estável homoafetiva | 54 |
| 5.4 Reconhecimento do direito de greve dos servidores públicos..... | 54 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS | 56 |
| REFERÊNCIAS..... | 58 |

1 INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal tem suas funções estabelecidas pela Constituição Federal, cabendo a ele a proteção e interpretação do texto constitucional. Dessa forma, a atuação do Tribunal e suas decisões influenciam diretamente toda a sociedade, carregando imensa importância.

Ocorre que o Poder Legislativo, competente para regulamentar direitos pela criação de leis, mostra-se inerte em diversas situações, prejudicando o exercício pleno dos direitos fundamentais da sociedade.

Frente a esse cenário, o Supremo Tribunal Federal, quando provocado através do sistema difuso ou concentrado de constitucionalidade, vem proferindo decisões para que os direitos e garantias fundamentais sejam verdadeiramente concretizados.

Portanto, o assunto ora analisado mostra-se de imensa importância, não somente para o meio jurídico, mas para toda a sociedade, por se tratar da forma como o Judiciário está, paulatinamente, reconhecendo e garantindo os direitos e prerrogativas constitucionais.

Dessa forma, o objetivo da presente pesquisa se faz na compreensão da atuação do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição, em todo o seu conteúdo e espírito, mais precisamente com relação ao instituto do ativismo judicial.

Como será explanado, a corte constitucional passou, principalmente após a Constituição Federal de 1988, a exercer um juízo de valores muito grande em suas decisões, conferindo, inclusive, efeitos normativos a seus julgados. Para alguns doutrinadores o Tribunal estaria extrapolando suas funções típicas e interferindo no Poder Legislativo.

Verifica-se, portanto, que o ativismo judicial vem sendo compreendido com muita preocupação pelos juristas, uma vez que defendem a tese de que a atuação ativista do Tribunal ofende a Constituição no que se refere à tripartição de poderes.

Parte da doutrina entende que o ativismo judicial é necessário para a manutenção da democracia, para o desenvolvimento da sociedade e do ordenamento jurídico, possuindo seus fundamentos na Constituição Federal. Por sua vez, alguns pensadores acreditam que a participação ativista da Corte Constitucional é uma verdadeira ameaça à Constituição e, conseqüentemente, ao

Estado Democrático de Direito, uma vez que fere o princípio da tripartição de poderes e a democracia.

Através da análise da teoria da separação de poderes, das ações de controle de constitucionalidade e de algumas jurisprudências, busca-se demonstrar os benefícios e prejuízos possivelmente causados pelo ativismo judicial.

Inicialmente, serão explicitados os institutos constitucionais de maior importância para a compreensão do tema, como a tripartição de poderes e o controle de constitucionalidade, através de textos bibliográficos de importantes doutrinadores do Direito Constitucional, inclusive com relação às ações constitucionais pertinentes ao presente estudo, como a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção.

Após, serão apresentados textos de autores que melhor abordem a questão do neoconstitucionalismo no mundo e no Brasil, tendo em vista a imensa importância dessa teoria para o entendimento do ativismo judicial. O desenvolvimento da sociedade e suas necessidades modificam a forma como o Poder Público deve atuar, principalmente quanto ao texto constitucional. Assim o neoconstitucionalismo se encontra diretamente conectado com o aumento do ativismo judicial nas decisões da corte brasileira.

Doutrinadores conceituados na esfera do Direito Constitucional como José Afonso da Silva, Pedro Lenza, Luiz Roberto Barroso e Alexandre de Moraes, entre outros, serão base para a presente pesquisa, inclusive a Constituição Federal de 1988 e outras legislações que se fizerem necessárias para a melhor compreensão do tema. No mais, deverão ser utilizados artigos da internet como fonte complementar de pesquisa.

Uma vez coletadas informações acerca do tema e realizada leitura e profunda análise, procedeu-se à elaboração de resenha com base no tema e objetivos para buscar uma resolução à problemática apresentada.

O método de pesquisa será o dedutivo, pois se mostra o meio mais acessível e compreensível no desenvolvimento do raciocínio lógico, tendo em vista que parte de uma análise do tema geral, restringindo o assunto até alcançar o tema principal do trabalho, qual seja, o ativismo judicial exercido pelo Supremo Tribunal Federal.

O método dedutivo caracteriza-se, também, pela utilização de técnicas padronizadas de coleta de dados, sendo mais comuns as pesquisas que tem como

objetivo principal a análise de grupos determinados da sociedade, de forma a ser o mais requisitado por pesquisadores sociais.

2 DA SEPARAÇÃO E FUNÇÕES DOS PODERES

A primeira concepção teórica acerca da teoria da Tripartição de Poderes surge com Aristóteles, em sua obra intitulada “Política”, onde o filósofo distingue três facetas da utilização do poder estatal.

O pensador, ao analisar o poder desempenhado pelo governante do Estado e suas características, identificou três aspectos indispensáveis para o pleno exercício do poder, quais sejam: a criação de normas gerais; a execução das normas; e o julgamento de conflitos de acordo com as referidas regras gerais.

Tem-se, portanto, uma forma de separação simplificada do poder estatal, hoje conhecida como poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Apesar de o filósofo ter evidenciado tais aspectos, não desenvolveu a concepção de uma tripartição do poder governamental, no sentido de identificar claramente as funções, interações e distinções.

Já Montesquieu, vivendo sob o poder de um Estado liberal burguês, aprimorou a teoria aristotélica em sua obra “O espírito das leis”. O francês, inspirado pelos pressupostos de Aristóteles, afirmou que as três espécies identificadas por aquele são relativas a três órgãos distintos, autônomos e independentes entre si e pertencentes ao Estado (LENZA, 2012).

Dessa forma, Montesquieu apresenta teoria contraposta ao modelo absolutista de seu tempo, servindo de base para revoluções político-sociais, como a americana e francesa (LENZA, 2012). Nasce assim o sistema de freios e contrapesos.

Vale ressaltar que se trata de faces do poder governamental, não se assemelhando com uma separação de poderes, mas uma distinção de funções do poder uno do Estado, de acordo com Moraes:

Além disto, exercem todos funções únicas do Estado, dentro de uma visão mais contemporânea das funções estatais, que reconhece que o Estado constitucional de direito assenta-se na ideia de unidade, pois o poder soberano é uno, indivisível, existindo órgãos estatais, cujos agentes políticos têm a missão precípua de exercerem atos de soberania (2014, p. 427).

A doutrina defendida nos Estados modernos se mostra branda com relação à autonomia dos órgãos. Enquanto para Montesquieu esses órgãos seriam absolutamente autônomos, tem-se na atualidade a utilização de um sistema menos

rígido, considerando o relacionamento harmônico entre os poderes, tal como dispõe a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 2º, onde “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (SILVA, 2004).

Em outras palavras, os três poderes atuais possuem mais flexibilidade no que se refere às suas funções típicas e atípicas, podendo exercê-las sem prejuízo do princípio da separação. Nesse sentido:

Dessa forma, além do exercício de funções típicas (predominantes), inerentes e ínsitas à sua natureza, cada órgão exerce, também, outras duas funções atípicas (de natureza típica dos outros dois órgãos). Assim, o Legislativo, por exemplo, além de exercer função típica, inerente à sua natureza, exerce, também, uma função atípica de natureza executiva e outra função atípica de natureza jurisdicional. (LENZA, 2012, p. 482).

Portanto, cada um dos poderes possui atividades específicas e predominantes, mas não exclusivas, com a possibilidade de exercer outras funções em determinadas situações.

Segundo Ferreira Filho (1999, p. 130), a tripartição de poderes consiste em “repartir o exercício do poder político por vários órgãos diferentes e independentes [...], de tal sorte que nenhum órgão isolado possa agir sem ser freado pelos demais”.

Silva (2012) leciona que a independência dos poderes se dá com relação à administração interna, ao exercício de suas funções típicas, como na investidura e permanência dos servidores em seus respectivos órgãos do governo não dependem da confiança nem da vontade dos outros.

Quanto à harmonia, as ações exercidas em conjunto pelos três poderes tem o objetivo de, nas sábias palavras de Silva (2004, p.110), “estabelecer um equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e desmando de um [poder] em detrimento do outro”, ainda que incida em interferências entre esses Poderes.

Encontra-se a harmonia da tripartição na cortesia e no respeito às faculdades respectivas, com a colaboração e controle recíproco.

Por fim, vale assinalar que tanto a independência quanto a harmonia não são absolutas, existindo exceções ao princípio da separação de poderes (SILVA, 2004). Como por exemplo, a possibilidade de adoção de medida provisória com força de lei

pelo Presidente da República (artigo 62 da CF/88) e a autorização de delegação de atribuições legislativas ao Presidente (art. 68, CF).

2.1 Do Poder Legislativo

A função legislativa no âmbito federal é exercida pelo Congresso Nacional, sendo este bicameral, composto pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal. Nos Estados, é desempenhada apenas pela Assembleia Legislativa e nos Municípios pela Câmara dos Vereadores (MORAES, 2014).

A Câmara dos Deputados é o órgão de representação do povo.

Os Deputados são eleitos na quantidade mínima de oito e máximo de setenta por Estado - membro, totalizando 513. Exercem o mandato por 4 anos.

A eleição segue o sistema proporcional, ou seja, a distribuição dos representantes eleitos deverá ser diretamente relacionada com o número de eleitores em cada circunscrição eleitoral (artigo 45 da CF/88).

Por sua vez, o Senado Federal representa os Estados federados, sendo composto por Senadores eleitos na proporção de três para cada Estado – membro, totalizando 81. O mandato dos integrantes do Senado Federal é renovado alternadamente a cada 4 anos, sendo eleitos dois senadores numa primeira eleição, e em quatro anos, apenas um senador, mantendo os dois eleitos anteriormente, resultando em três para representação do Estado – membro (artigo 46, §2º da CF/88).

As eleições obedecerão ao sistema majoritário, no qual será eleito o representante que obtiver o maior número de votos (maioria simples), conforme estabelece a Constituição em seu artigo 46.

A função principal do Congresso Nacional, em regra, é a elaboração de leis em matérias competentes à União, devendo respeitar as regras do processo legislativo, previstas nos artigos 61 a 69 da CF/88. Dispõe o artigo 48 da Carta Magna as matérias de competência Legislativa da União:

Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, [...] dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre:
I- sistema tributário, arrecadação e distribuição de rendas;
II- plano plurianual, diretrizes orçamentárias, orçamento anual, operações de crédito, dívida pública e emissões de curso forçado;
III- Fixação e modificação do efetivo das Forças Armadas;

- IV- planos e programas nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento;
- V- limites do território nacional, espaço aéreo e marítimo e bens do domínio da União;
- VI- incorporação, subdivisão ou desmembramento de áreas de Territórios ou Estados, ouvidas as respectivas Assembleias Legislativas;
- VII- transferência temporária da sede do Governo Federal;
- VIII- concessão de anistia;
- IX- organização administrativa, judiciária, do Ministério Público e da Defensoria Pública da União e dos Territórios e organização judiciária e do Ministério Público Federal;
- X- criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas, observado o que estabelece o art. 84, VI, b;
- XI- criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública;
- XII- telecomunicações e radiodifusão;
- XIII- matéria financeira, cambial e monetária, instituições financeiras e suas operações;
- XIV- moeda, seus limites de emissão, e montante da dívida mobiliária federal.[...].

Entretanto, em decorrência da tripartição dos Poderes da União, também é atribuído ao Poder Legislativo as seguintes atribuições: deliberativas (decretos legislativos ou resoluções internas); de fiscalização e controle através do auxílio do Tribunal de Contas e comissões parlamentares de inquérito nos casos do artigo 58, §3º da CF/88; e o julgamento de crimes de responsabilidade (MORAES, 2014). Esta última se dá nos julgamentos de autoridades como o Presidente da República e Ministros do Supremo Tribunal Federal, nos quais a Câmara possui competência para realizar o juízo de admissibilidade do processo ou, conforme artigo 52, II da CF/88, funcionar como tribunal de julgamento (SILVA, 2004).

As Comissões Parlamentares de Inquérito poderão ser criadas pelo Senado ou pela Câmara dos Deputados, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de, ao menos, um terço dos membros. Tem como função a investigação de possíveis irregularidades, podendo, inclusive, realizar quebra de sigilo bancário, oitiva de testemunhas e realizar perícias. Após a conclusão das investigações, as informações deverão ser encaminhadas à autoridade competente para julgamento (MORAES, 2014).

Vale ressaltar que, por não possuir competência jurisdicional, as comissões não possuem a legitimidade para decretar quaisquer medidas cautelares.

Já o Tribunal de Contas se mostra como órgão auxiliar da fiscalização, no que se refere às prestações de contas do Presidente da República, julgamento de contas

dos administradores de bens e valores públicos e aplicação de sanções previstas em lei aos responsáveis (MORAES, 2014).

2.2 Do Poder Executivo

No Brasil, o sistema presidencialista foi escolhido pelo povo em plebiscito realizado em 1993, previamente estabelecido pela Constituição de 1988 (LOURENÇO; GIRALDI, 2013).

O presidencialismo possui as seguintes características (MORAES, 2014):

- a) sistema de governo estruturado através da tripartição de Poderes de Montesquieu, com a conseqüente independência e harmonia destes;
- b) poderes presidenciais derivados do povo pelas eleições diretas ou, excepcionalmente, indiretas;
- c) possibilidade de responsabilização penal e política do Presidente da República; e
- d) o Presidente representa o país tanto como chefe de Estado quanto chefe de Governo.

Diferencia-se o exercício da função de chefe de Governo da de chefe de Estado da seguinte forma:

O Presidente da República, como chefe de Estado, representa o país nas suas relações internacionais, bem como corporifica a unidade interna do Estado. Como chefe de Governo, a função presidencial corresponde à representação interna, na gerência dos negócios internos, tanto de natureza política (participação no processo legislativo), como de natureza eminentemente administrativa. Assim, o Chefe de Governo exercerá a liderança da política nacional, pela orientação das decisões gerais e pela direção da máquina administrativa (MORAES, 2014, p. 487).

Silva (2004) conceitua o Poder Executivo como um órgão que tem por função praticar atos de chefia de estado, de administração e de governo.

A função executiva federal é exercida pelo Presidente da República, eleito pelo voto popular para mandato de quatro anos (artigo 76 da CF/88). A autoridade acumula papel de Chefe de Estado e Chefe de Governo. Nos Estados, é desempenhada pelo Governador e nos Municípios, pelos Prefeitos.

No Brasil, o sistema utilizado na eleição do Presidente da República é o majoritário em dois turnos, diferente do sistema majoritário puro ou simples para

eleição de Senadores. Nesse sistema, será eleito em primeiro turno aquele que obtiver a maioria absoluta dos votos válidos (artigo 77, §2º da CF/88), ou seja, mais de cinquenta por cento dos votos. Caso contrário, será realizado o segundo turno, elegendo aquele que adquirir a maioria simples dos votos. (RABAT, 2010).

A principal atribuição do Poder Executivo é a execução das leis existentes no ordenamento jurídico, de caráter administrativo, praticando, entre outros, atos de administração (LENZA, 2012). É competente, também na função legislativa quando da criação de medidas provisórias, leis delegadas ou decretos e regulamentos internos (art. 84, IV da CF/88).

Terá competências jurisdicionais quando da decisão de processos e procedimentos administrativos direcionados ao Executivo (CHIMENTI et al, 2004).

Importante observar que as atribuições do Presidente da República previstas no artigo 84 da CF/88 não se tratam de rol taxativo, podendo também serem delegadas aos Ministros de Estado, ao Procurador-Geral da República ou ao Advogado-Geral da União, desde que autorizado pela Constituição (artigo 84, Parágrafo Único da CF/88).

2.3 Do Poder Judiciário

Regulamentado pela Constituição Federal de 1988 nos artigos 92 a 126, o Poder Judiciário, segundo Silva (2004, p. 551), “têm por função compor conflitos de interesses em cada caso concreto. [...] que se realiza por meio de um processo judicial, dito, por isso mesmo, sistema de composição de conflitos de interesses ou sistema de composição de lides”.

São órgãos do Poder Judiciário: Supremo Tribunal Federal, Supremo Tribunal de Justiça, Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais, Tribunais e Juízes do Trabalho, Tribunais e Juízes Eleitorais, Tribunais e Juízes Militares, e Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal (artigo 92 da CF/88).

Além de sua atribuição típica de atividade jurisdicional, possui também função executiva na administração de seus servidores e função legislativa na elaboração de regulamentos internos (GOUVEA; AMARAL, 2009).

O ingresso nas carreiras jurídicas se dá por meio de concurso de provas e títulos, sendo que o cargo inicial será o de juiz substituto. Após, o juiz poderá

receber promoções de acordo com os critérios da antiguidade e do merecimento (CHIMENTI et al, 2004).

O magistrado possui, dentre outras garantia e deveres institucionais, três importantes garantias funcionais, quais sejam a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de subsídios.

Segundo Lenza (2012), a vitaliciedade será adquirida após 2 (dois) anos de exercício, sendo a segurança do magistrado acerca da manutenção de seu cargo. Somente poderá perder o cargo através de sentença judicial transitada em julgado, assegurados os direitos e garantias processuais.

Moraes (2014) leciona que a inamovibilidade consiste na possibilidade do juiz ser removido ou promovido apenas por iniciativa própria, excepcionalmente em motivo de interesse público e voto da maioria do CNJ (Conselho Nacional de Justiça) ou respectivo tribunal. Não poderá, em hipótese alguma, ser removido *ex officio* por outra autoridade.

A irredutibilidade de subsídios significa que o subsídio (salário) dos magistrados “não pode ser diminuído nem mesmo em virtude de medida geral, mas a CF determina que fica sujeito aos limites máximos previstos no art. 37 e ao imposto de renda, como qualquer contribuinte” (SILVA, 2004, p. 578).

Outro importante ponto para o esclarecimento acerca do tema principal da pesquisa é a classificação das constituições e as diferentes aplicabilidades das normas constitucionais, a seguir assinaladas.

3 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DA APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

A doutrina se mostra divergente com relação aos modos de classificação da Constituição. Silva (2004) adota cinco possíveis classificações: quanto ao conteúdo, quanto à forma, ao modo de elaboração, origem e estabilidade.

A constituição quanto ao conteúdo pode ser material (conjunto de normas constitucionais escritas ou costumeiras, ou seja, não necessariamente positivadas) ou formal (documento escrito, formalmente constituído e alterado apenas se preenchidos os requisitos estabelecidos em seu texto). Quanto à forma, poderá ser classificada em escrita ou não escrita, como no caso da Constituição da Inglaterra (SILVA, 2004).

A elaboração poderá ser dogmática, onde os conceitos são “preconcebidos, de planos e sistemas prévios, de ideologias bem declaradas, de dogmas políticos” (TEIXEIRA, 1991, p. 105-106, apud LENZA, 2012, p. 89). Por sua vez, poderá ser histórica, constituindo-se por meio de um processo histórico de formação da sociedade e tradições do povo (LENZA, 2012).

Quanto à origem será popular ou outorgada. Serão populares quando constituídas por Assembleia Constituinte, de forma a representar o povo através de seus representantes. Por outro lado, serão outorgadas quando impostas pelo agente revolucionário, caracterizadas por Estados totalitários. Além disso, poderão ser cesaristas com o texto constitucional votado em plebiscito ou referendo (CHIMENTI et al, 2004) ou pactuadas, por um acordo entre “o soberano e a representação nacional, em regra entre o monarca e o Poder Legislativo” (CANOTILHO, 1999, p. 147, apud CHIMENTI et al, 2004, p. 9).

Por fim, Moraes (2014) ensina que, quanto à estabilidade podem ser classificadas as constituições em imutáveis (é vedado qualquer tipo de alteração em seu texto), rígidas (alteradas por meio de processo legislativo solene), semi rígidas (algumas modificações são admitidas mediante processo legislativo ordinário, outras exigem procedimento específico e dificultoso) e flexíveis (alteração por processo legislativo ordinário).

A classificação pertinente à presente pesquisa é quanto à extensão, podendo ser sintética (negativas, garantia) ou analítica (dirigente).

A Constituição sintética é aquela que limita-se a estabelecer apenas os direitos fundamentais como limite ao Estado, a organização e regência do Estado, tal como a Constituição norte-americana (MORAES, 2014).

Acerca do conceito da constituição sintética:

Quando se limitam a traçar as diretrizes gerais da organização e funcionamento do Estado e de sua relação com os cidadãos, em geral com o uso de uma linguagem mais aberta, marcadamente principiológica. Esse formato tende a garantir-lhes maior estabilidade, na medida em que se abrem mais facilmente à evolução interpretativa, sem necessidade de modificações formais (BARROSO, 2013, p. 105).

Com relação às constituições analíticas, assim conceitua-se:

São aquelas que abordam todos os assuntos que os representantes do povo entenderem fundamentais. Normalmente descem a minúcias, estabelecendo regras que deveriam estar em leis infraconstitucionais, como, conforme já mencionamos, o art. 242, §2º, da CF/88, que dispõe que o Colégio São Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal. Assim, o clássico exemplo é a brasileira de 1988 (LENZA, 2012, p. 88).

Portanto, a Constituição Federal de 1988 é analítica, tendo em vista sua ampla preocupação com os diversos temas encontrados em seu texto. Silva (2004) explica que o legislador da Constituinte de 1988 rejeitou a constituição sintética e abordou claramente a analítica, senão vejamos:

A função garantia não só foi preservada como até ampliada na Constituição, não como mera garantia do existente ou como simples garantia das liberdades negativas ou liberdades-limite. Assumiu ela a característica de *constituição-dirigente*, enquanto define fins e programa de ação futura, menos no sentido socialista do que no de uma orientação social democrática, imperfeita, reconheça-se. Por isso, não raro, foi minuciosa e, no seu compromisso com a garantia das conquistas liberais e com um plano de evolução política de conteúdo social [...]. E aí está o drama de toda constituição dinâmica: *ser cumprida*. (SILVA, 2004, p. 6).

Assim, pode-se concluir sobre as constituições analíticas:

Se fizeram desenvolvidas, volumosas, inchadas, em consequência principalmente de duas causas: a preocupação de dotar certos institutos de proteção eficaz, o sentimento de que a rigidez constitucional é anteparo ao exercício discricionário da autoridade, o anseio de conferir estabilidade ao direito legislado sobre determinadas matérias e, enfim, a conveniência de atribuir ao Estado, através do mais alto instrumento jurídico que é a Constituição, os encargos indispensáveis à manutenção da paz social (BONAVIDES, 1997, p. 74, apud LENZA, 2012, p. 88).

Dessa forma, a Constituição de 1988 apresenta-se como formal, escrita, dogmática, promulgada, rígida e analítica (MORAES, 2014).

Portanto, na Constituição Federal de 1988, encontram-se elencados direitos fundamentais, coletivos e individuais, que serão analisados a seguir.

3.1 Dos Direitos Fundamentais previstos da Constituição Federal de 1988

A doutrina costuma classificar os direitos fundamentais em gerações, de forma a separá-los de acordo com sua evolução histórica. Dessa forma, tem-se 5 gerações de direitos humanos (LENZA, 2012).

A primeira geração caracteriza-se pela existência das liberdades individuais, civis e políticas. Com início do século XIX, a liberdade foi a essência da proteção ao indivíduo mediante a limitação do poder do Estado (CHIMENTI et al, 2004).

Por sua vez, a segunda geração tem como fundamento a proteção da igualdade, principalmente após o século XX, com o fim da Segunda Guerra Mundial. Os direitos sociais dessa geração impõem ao Poder Público o cumprimento de políticas sociais que objetivam a proteção da igualdade e redução dos conflitos sociais. Dessa forma, o indivíduo tem a prerrogativa de exigir do Estado seus direitos fundamentais, como assistência à saúde e educação (CHIMENTI et al, 2004).

Com a modificação da sociedade através do desenvolvimento científico e tecnológico, novos desafios surgem para a sociedade internacional, havendo a necessidade de garantir à coletividade direitos de solidariedade e fraternidade. São eles o direito ao meio ambiente, à comunicação, ao desenvolvimento, entre outros (LENZA, 2012).

Já os direitos de quarta geração nascem da globalização política, como afirma Bonavides (2000, apud, CHIMENTI et al, 2004). São exemplos os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo (LENZA, 2012).

Por fim, o direito à paz é classificado como de quinta geração, segundo entendimento de Bonavides (1997, apud LENZA, 2012), enquanto alguns doutrinadores inserem-no nos direitos de terceira geração, como, por exemplo, Karel Vasak (LENZA, 2012).

Anteriormente à breve análise dos direitos fundamentais expressos na Constituição Federal de 1988, faz-se necessário explicitar a diferença entre direitos individuais e coletivos.

Silva assim define direito individual:

Então, concebêmo-los como *direitos fundamentais do homem-indivíduo*, que são aqueles que reconhecem autonomia aos particulares, garantindo a iniciativa e independência aos indivíduos diante dos demais membros da sociedade política e do próprio

Estado. Por isso, a doutrina (francesa, especialmente) costuma englobá-los na concepção de *liberdade-autonomia* (2004, p. 190).

Dessa forma, são direitos individuais previstos na Carta Magna: direito à vida, intimidade, igualdade, liberdade e propriedade, todos dispostos no artigo 5º da CF/88 (SILVA, 2004).

Por outro lado, os direitos coletivos são aqueles que inserem o homem como membro da coletividade, como o direito à liberdade de associação sindical, meio ambiente ecologicamente equilibrado, entre outros (SILVA, 2004).

Existem também os direitos sociais, assim conceituados por Moraes:

Caracterizam-se como verdadeiras *liberdades positivas*, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos de Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal (2014, p. 203).

Segundo o autor, os direitos sociais fundamentais pressupõem a autoaplicabilidade da norma e a possibilidade de ajuizamento do mandado de injunção “sempre que houver a omissão do poder público na regulamentação de alguma norma que preveja um direito social e, conseqüentemente, inviabilize seu exercício” (MORAES, 2014, p. 204).

São direitos sociais estabelecidos pela Constituição todos os relativos ao trabalhador, à seguridade social (saúde, previdência e assistência), educação e cultura, moradia, família, criança, adolescente e idoso (SILVA, 2004).

Os direitos fundamentais são ainda classificados em direitos de nacionalidade e de cidadania. A nacionalidade é um vínculo jurídico-político com o Estado que possibilita o exercício de direitos e obrigações pelo indivíduo. Já a cidadania trata dos direitos políticos, instrumentos que atribuem ao cidadão a prerrogativa de interferir “na condução da coisa pública, seja direta, seja indiretamente” (LENZA, 2012, p. 1121).

Importante ressaltar que os direitos acima estabelecidos pela Constituição não estão limitados ao seu texto, podendo ser ampliados, porém jamais restringidos (LENZA, 2012).

A seguir serão explanadas as três formas de aplicabilidade das normas do texto constitucional, tradicional teoria adotada por José Afonso da Silva.

3.2 Aplicabilidade das normas constitucionais

As normas constitucionais podem possuir aplicabilidade plena (auto aplicáveis), contida (possibilidade de norma infraconstitucional restringir sua interpretação) ou limitada (necessidade de norma infraconstitucional como regulamentadora do tema) (CHIMENTI et al, 2004).

As normas de aplicabilidade plena são aquelas que, “desde a entrada em vigor da Constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais [...] que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular” (MORAES, 2014, p. 11).

Em outras palavras, possuem aplicabilidade direta, imediata e integral, aptas a produzir seus efeitos com a entrada em vigor da Constituição. Em geral, são estas as normas que criam órgãos ou estabelecem competências aos entes públicos. São exemplos os artigos 2º; 14, §2º; 17, §4º e 20 a 22 da Constituição Federal de 1988 (LENZA, 2012).

Por sua vez, as normas de aplicabilidade contida são aquelas reguladas de maneira suficiente pelo legislador originário, entretanto, deixando margem para o poder público restringir sua eficácia, como no caso do artigo 5º, XIII (livre exercício da profissão, desde que preenchidas as respectivas qualificações profissionais) (MORAES, 2014).

Vale ressaltar, portanto, que se não elaborada a lei restritiva, a norma de aplicabilidade contida terá aplicabilidade plena e imediata (CHIMENTI et al, 2004).

Por fim, com relação às normas de aplicabilidade limitada, assim conceitua Lenza (2012, p. 220):

São aquelas normas que, de imediato, no momento em que a Constituição é promulgada [...], não têm o condão de produzir todos os seus efeitos, precisando de uma lei integrativa infraconstitucional. São, portanto, de aplicabilidade mediata e reduzida, ou, segundo alguns autores, aplicabilidade diferida.

Assim, normas de aplicabilidade limitada dependem, para ter eficácia, de uma normatividade ulterior, por exemplo, o artigo 37, VII da CF/88, que prevê o direito de greve, a ser exercido nos termos de lei específica, e o artigo 7º, XI, também da

CF/88, prevendo a participação dos trabalhadores nos lucros da empresa conforme ser determinado em lei específica (MORAES, 2014).

Essas normas limitadas podem ser divididas em declaratórias de princípio institutivo (ou organizativo) e de princípio programático.

Lenza (2012) ensina que as normas organizativas são aquelas gerais que instituem órgãos, ou entidades, como o artigo 18, §2º e 107, §1º da CF/88.

Já as normas programáticas são as que determinam programas a serem implementados pelo Estado, “visando a realização de fins sociais (arts. 6º - direito à alimentação; 196 – direito à saúde; 205 – direito à educação; 215 – cultura; 218, *caput* – ciência e tecnologia; 227 – proteção da criança...) (LENZA, 2012, p. 221).

Devido à imensa importância das normas programáticas para a presente pesquisa, estas serão objeto de profunda análise a seguir.

3.3 Normas Programáticas

As normas de caráter programático são, portanto, princípios indicativos da “finalidade do Estado, devendo ser observada como regra-matriz para a elaboração, interpretação e integração do sistema jurídico nacional” (CHIMENTI et al, 2004, p. 30).

Miranda (1990, p. 218, apud MORAES, 2014, p. 13) assim explica:

São de aplicação diferida, e não de aplicação ou execução imediata; mais do que comandos-regras, explicitam comandos-valores; conferem *elasticidade* ao ordenamento constitucional; têm como destinatário primacial – embora não único – o legislador, a cuja opção fica a ponderação do tempo e dos meios em que vêm a ser revestidas de plena eficácia (e nisso consiste a discricionariedade) [...] têm mais natureza de expectativas que de verdadeiros direitos subjectivos (sic).

São exemplos de normas programáticas: artigo 7º, XI, que dispõe a possibilidade de participação dos empregados nos lucros da empresa (a ser regulamentado por lei); artigo 7º, XX, estabelecendo a proteção do trabalho da mulher mediante incentivos específicos (a serem criados por lei); artigos 216, §3º e 218, §4º (SILVA, 1998, apud LENZA, 2012).

Lenza (2012) indica, ainda, dois outros dispositivos legais classificados como programáticos pela recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, quais sejam

os juros legais de 12% ao ano (necessidade de regulamentação do sistema financeiro por lei complementar) e o teto do funcionalismo público (artigo 37, XI da CF/88).

Conclui-se, assim, que as normas programáticas são regras futuras, de aplicabilidade diferida, estabelecendo um comando-valor a ser seguido pelo Poder Público, por isso, também são chamadas de normas diretórias ou diretivas (CHIMENTI et al, 2004).

Vale ressaltar que, no entendimento de Silva (2003 apud CHIMENTI et al, 2004), as normas de princípios programáticos são revestidas de aplicabilidade jurídica imediata, direta e vinculante, no sentido de obrigarem, condicionarem a atuação do Poder Público, mesmo que por meio da atividade discricionária da Administração Pública no futuro.

Tendo como base os conceitos e considerações acima, passa-se à análise das ações constitucionais e controle de constitucionalidade.

4 AÇÕES CONSTITUCIONAIS E INSTRUMENTOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Ferreira Filho entende que o controle de constitucionalidade é fruto de uma constituição rígida, ou seja, uma constituição que possui um sistema complexo e burocrático para reforma de seu texto. Segundo o doutrinador, “em todo o Estado onde faltar controle de constitucionalidade, a Constituição é flexível; por mais que se queira rígida, o Poder Constituinte perdura ilimitado em mãos do legislador.” (1999, p. 34).

Em outras palavras, a Constituição só poderá ser verdadeiramente classificada como rígida, e não flexível, pela existência do controle das leis infraconstitucionais, mesmo que tal controle não esteja expressamente previsto no texto constitucional, sendo consequência natural do sistema jurídico.

Para Moraes (2014), o controle de constitucionalidade decorre do princípio da supremacia da Constituição, devido à hierarquia existente no ordenamento jurídico. Assim, tem como objetivo assegurar que todas as normas infraconstitucionais estejam subordinadas à Constituição, no sentido de não contrariar os fundamentos estabelecidos pelo Poder Constituinte.

Nesse sentido, entende José Afonso da Silva:

O princípio da supremacia requer que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e preceitos da Constituição. Essa conformidade com os ditames constitucionais, agora, não se satisfaz apenas com a atuação positiva de acordo com a constituição. Exige mais, pois omitir a aplicação de normas constitucionais, quando a Constituição assim determina, também constitui conduta inconstitucional. (2004, p. 46).

Dessa forma, o controle de constitucionalidade mostra-se também como garantidor dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição que, como conclui Moraes (2014, p. 722), “além de configurarem limites ao poder do Estado, são também uma parte da legitimação do próprio estado, determinando seus deveres e tornando possível o processo democrático em um Estado de Direito”.

Portanto, o controle de constitucionalidade “significa verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou de um ato normativo com a constituição, verificando seus requisitos formais e materiais” (MORAES, 2014, p. 723).

Ferreira Filho conceitua o tema de maneira mais extensa, a saber:

Controle de constitucionalidade é, pois, a *verificação da adequação de um ato jurídico* (particularmente a lei) à Constituição. Envolve a verificação tanto dos *requisitos formais* – subjetivos, como a competência do órgão que o editou – objetivos, como a forma, os prazos, o rito, observados em sua edição – quanto dos *requisitos substanciais* – respeito aos direitos e às garantias consagrados na Constituição – de constitucionalidade do ato jurídico. (1999, p. 34).

Importante mencionar o caso Marbury v. Madison, onde se reconheceu pela primeira vez a existência do controle de constitucionalidade.

O caso norte americano consiste na demanda entre o juiz Marbury e o Secretário de Estado, Madison. Em 1801, entre a despedida do ex-presidente John Adams e a posse de Thomas Jefferson, o Congresso aprovou o “*Judiciary Act*”, que alterou, entre outros assuntos, o número de juizes a serem nomeados pelo Chefe do Executivo, modificando, assim, o “*Judiciary Act*” de 1789. Portanto, antes de deixar o cargo, John Adams nomeou diversos juizes a serem aprovados para as cortes federais.

Entretanto, ao se tornar presidente, Thomas Jefferson ordena a seu Secretário de Estado, Madison, o cancelamento do processo de nomeação por comissão de alguns juizes indicados pelo ex-presidente, inclusive, Willian Marbury.

O Congresso, a fim de apoiar a decisão do Presidente, aprova em 1802 um novo “*Judiciary Act*”, retornando ao número de juízes de 1789. Assim, Marbury ingressa com ação perante a Suprema Corte Americana em face de Madison para reaver sua comissão e ser efetivamente nomeado como juiz (KELLY, 2015).

O voto do juiz Marshall, da Suprema Corte, é considerado um marco na história do Direito Constitucional, principalmente quanto ao controle de constitucionalidade, pois o magistrado aventa assuntos jamais discutidos no Direito Americano.

No referido voto, em 1803, John Marshall afirma que o “*Judiciary Act*” de 1789 não se encontrava de acordo com a Constituição Americana, e determinou ser competência do Poder Judiciário resolver conflitos entre leis (inclusive constitucionais) e sobre a interpretação das normas no caso concreto.

No direito brasileiro, o controle de constitucionalidade foi sedimentado pela Constituição de 1891, decorrente da influência do direito norte americano que Rui Barbosa demonstrava, sendo ele um dos grandes pensadores responsáveis pela elaboração da referida Constituição.

Com a Constituição de 1988, houve diversas novidades acerca do controle de constitucionalidade, mantendo o sistema misto (controle difuso e concentrado) e ampliando seu alcance. Potencializou a legitimidade para propositura da ação direta de constitucionalidade, antes somente prerrogativa do Procurador-Geral da República (SARLET et al, 2013).

Verifica-se que o controle das leis é obrigatório por sua natureza, havendo a necessidade de, num sistema jurídico onde reina uma constituição rígida, haver uma unificação da interpretação da norma infraconstitucional. Assim, possibilita-se aplicar todo o ordenamento jurídico de maneira unificada, robustecendo a federação (SARLET et al, 2013).

O controle de constitucionalidade pode ser classificado, de acordo com Silva (2004), como político (realizado por órgãos políticos, tal como o Poder Legislativo), jurisdicional (exercido pelo Poder Judiciário, chamado de *judicial review* no direito americano) e misto (sistema utilizado na Suíça, onde a constituição estabelece a competência do controle de constitucionalidade referente às leis federais para a Assembleia Nacional e locais ao jurisdicional).

Pelo controle jurisdicional, admitem-se três critérios, quais sejam: por via de exceção, incidental ou concreto, onde o demandado é o autor da demanda e

apresenta sua defesa num caso concreto; por via de ação direta de inconstitucionalidade, concretizada pela ação popular, tem início com o interessado direto, instituição ou autoridade; e por iniciativa do juiz, no âmbito do processo (SILVA, 2004).

A seguir serão explanados os conceitos, critérios e efeitos dos controles difuso e concentrado que imperam no direito brasileiro atual.

Ferreira Filho assim conceitua o sistema difuso:

O juiz é dado a apreciar a alegação de constitucionalidade [...] resolve a questão de constitucionalidade como se se tratasse de um mero caso de conflito de leis, ou seja, de determinação de qual lei aplicável a um caso concreto. (1999, p. 36-37).

Moraes esclarece da seguinte forma o controle de constitucionalidade difuso:

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 (2014, p. 735).

Portanto, verifica-se que o controle difuso pode ser facilmente confundido com o sistema de controle por via de exceção (incidental ou concreto), pois decorre da ação jurisdicional exercido por juízes de primeira instância ao resolver casos concretos onde, note-se bem, a questão da inconstitucionalidade de lei não configura objeto principal da lide.

Dessa forma:

O controle difuso também é denominado concreto, aberto, incidental, via de defesa e via de exceção, já que por seu intermédio qualquer juiz ou tribunal que estiver analisando um processo pode deixar de aplicar ao caso concreto uma lei que considerar inconstitucional, de ofício ou por provocação de uma das partes. Essa decisão, contudo, só é legítima quando indispensável para que se chegue ao julgamento do mérito do processo. (CHIMENTI et al, 2004, p. 356).

Pode-se retirar do simples conceito do sistema difuso sua primeira característica: é exercido pelo magistrado no âmbito do caso concreto.

A segunda característica, verdadeiramente um dos efeitos da decisão acerca da constitucionalidade da lei, extrai-se também, do conceito. Trata-se do efeito *inter*

partes. Consiste em limitar a decisão prolatada pelo juiz apenas às partes do processo, seja pela declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma aplicável à lide (PINHO, 2010).

Dessa forma, a constitucionalidade da lei pelo sistema difuso não tem o condão de alterar o texto ou interpretação da lei, sendo válido apenas às partes interessadas no processo (BONAVIDES, 2009).

Sobre o efeito *inter partes*, assim disciplina Bonavides:

A lei que ofende a Constituição não desaparece assim da ordem jurídica, do corpo ou sistema das leis, podendo ainda ter aplicação noutra coisa, a menos que o poder competente a revogue. De modo que o julgado não ataca a lei em tese ou *in abstracto*, nem importa o formal cancelamento de suas disposições, cuja aplicação fica unicamente tolhida para a espécie demandada. (2009, p. 303).

Outro efeito do sistema difuso é quanto à retroatividade. Em regra, possui efeito *ex tunc*, ou seja, atinge a norma entendida como inconstitucional desde seu nascimento (CHIMENTI et al, 2004). Por outro lado, poderá ter efeito *ex nunc* (não retroage) e *erga omnes* (decisão válida para todos) caso a lide seja levada ao Supremo Tribunal Federal, deparando-se com o sistema de constitucionalidade concentrado (PINHO, 2010).

Por sua vez, o controle concentrado de constitucionalidade é caracterizado por ser exercido apenas por um órgão (LENZA, 2012).

Percebe-se que esse sistema se encontra íntimo do critério da via de ação, como defende Bonavides:

O sistema de controle por via de ação permite o controle da norma *in abstracto* por meio de uma ação de inconstitucionalidade prevista formalmente no texto constitucional. Trata-se, como se vê, ao contrário da via de exceção, de um controle direto. Nesse caso, impugna-se perante determinado tribunal uma lei, que perderá sua validade constitucional e conseqüentemente (sic) ser anulada *erga omnes*. (2009, p. 307).

Tal método de controle se dá através da propositura de ação específica ao caso de inconstitucionalidade, como a Ação Direta de Inconstitucionalidade, onde se discute a validade do texto legal aos olhos da Constituição. Portanto, ao declarar a norma inconstitucional, esta será retirada do ordenamento jurídico ao qual não se adapta, diferentemente do controle difuso (BONAVIDES, 2009).

Isso significa que, no controle concentrado, a decisão de inconstitucionalidade será válida a todos os nacionais, ou seja, a decisão possui efeito *erga omnes*. Também são efeitos da decisão, em regra, *ex tunc* (retroage, tornando nulos todos os efeitos da norma), vinculante e repristinatório (MORAES, 2014).

É vinculante por ser decisão obrigatória aos Poderes Executivo e Judiciário. Quanto ao assunto, assim dispõe Lenza:

O efeito vinculante em ADI e ADC, na linha de interpretação dada pelo STF, não atinge o Poder Legislativo, produzindo eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (2012, p. 312-313).

Ainda quanto ao efeito vinculante do controle concentrado de constitucionalidade, Lenza (2012) disciplina que o Poder Legislativo não se inclui na obrigatoriedade da decisão por força do fenômeno da “fossilização da Constituição”.

Em outras palavras, o Legislativo não poderia ser impedido de legislar devido ao desenvolvimento da sociedade que demanda novas normas e diferentes posições políticas. “Isso porque o valor segurança jurídica, materializado com a ampliação dos efeitos *erga omnes* e *vinculante*, sacrificaria o valor justiça da decisão, já que impediria a constante atualização das Constituições e dos textos normativos por obra do Poder Legislativo” (LENZA, 2012, p. 313).

Vale ressaltar que, diferentemente do controle difuso, a lei declarada inconstitucional será removida imediatamente do ordenamento. No controle difuso, caso o processo seja levado ao STF por meio de recurso extraordinário, de acordo com o artigo 52, X da CF/88, a decisão deverá ser comunicada ao Senado que editará resolução suspendendo a execução da lei (CHIMENTI et al, 2004).

A seguir, serão explanadas as diferentes ações constitucionais e o mandado de injunção, porquanto se mostram de imensa importância à compreensão do controle concentrado de constitucionalidade e relacionadas ao tema principal deste estudo, o ativismo judicial exercido pelo Supremo Tribunal Federal.

4.1 Instrumentos processuais de controle

A Constituição de 1988, no âmbito do controle de constitucionalidade, ampliou as estruturas responsáveis pela proteção judicial, preservando, ainda, a representação interventiva, isto é, a compatibilidade das normas estaduais com os princípios sensíveis ou cláusulas pétreas (MEIRELLES, et al, 2014).

Afirma, também, a utilização do *habeas corpus* como instrumento de proteção do direito de locomoção, quando o indivíduo se encontra impedido de fazê-lo por ato arbitrário do Poder Público, como disposto no artigo 5º, LXVIII da CF/88 (MEIRELLES, et al, 2014).

Além do *habeas corpus*, outro instrumento de proteção jurídica é o *habeas data*, disposto no artigo 5º, XXXIII da CF/88. A lei do *habeas data* (Lei nº 9.507/97) assim define seu âmbito de proteção:

Art. 7º Conceder-se-á *habeas data*:

I - para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registro ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

II – para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;

III – para a anotação nos assentamentos do interessado, de contestação ou explicação sobre dado verdadeiro mas justificável e que esteja sob pendência judicial ou amigável.

Tal remédio constitucional poderá ser impetrado por pessoa física ou jurídica, nacional ou estrangeira, não havendo qualquer restrição na legislação. Quando do falecimento do autor ou titular do direito, admite-se a impetração por herdeiros, sucessores ou cônjuge supérstite (SARLET, et al, 2013).

Na hipótese do direito a ser tutelado não estar acobertado por *habeas corpus* ou *habeas data* e se mostrar líquido, certo e prejudicado por ilegalidade ou abuso do Poder Público, há de ser servido o mandado de segurança. (SILVA, 2004).

Direito líquido e certo pode ser interpretado da seguinte forma:

[...] se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa, se sua extensão ainda não estiver delimitada, se seu exercício depender de situações e fatos ainda

determinados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais. (MEIRELLES, et al, 2014, p. 36-37).

Outra ação constitucional que visa a proteção dos direitos e garantias fundamentais é a ação declaratória de constitucionalidade, definida da seguinte forma:

Instituída pela EC n. 3, de 17 de março de 1993, a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo *federal* pode ser proposta concorrentemente ou pelo Presidente da República, ou pela mesa do Senado Federal, ou pela mesa da Câmara dos Deputados ou pelo Procurador-Geral da República, tendo por finalidade resolver relevante controvérsia judicial sobre a constitucionalidade ou não de ato normativo federal ou de lei federal. Trata-se de uma das espécies de controle abstrato da constitucionalidade e seu julgamento compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal (CHIMENTI et al, 2004, p. 367).

Portanto, trata-se de ação que busca assegurar a constitucionalidade e, conseqüentemente, preservar a ordem jurídica brasileira, por meio do controle de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal. Apesar de determinada lei ser, supostamente, constitucional desde sua criação, a ação declaratória de constitucionalidade reafirma e afasta quaisquer incertezas acerca da validade da norma (LENZA, 2012).

Por fim, na hipótese de inexistência de lei reguladora do direito a ser tutelado, instituiu-se o mandado de injunção, cujo principal objetivo é assegurar o exercício de direitos, liberdades e das prerrogativas inerentes à cidadania, soberania e nacionalidade, buscando suprir a omissão do Poder Público (MORAES, 2014).

Devido à imensa importância do mandado de injunção para compreensão do tema principal deste estudo, tal procedimento será analisado profundamente a seguir, assim como a ação direta de inconstitucionalidade genérica e por omissão, bem como a ação de descumprimento de preceito fundamental.

4.1.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica

Quando se tratar de lei ou ato normativo estadual ou federal que, em tese, contrarie a Constituição Federal, utiliza-se outro meio de proteção jurídica perante o Supremo Tribunal Federal, qual seja a ação direta de inconstitucionalidade. Assim,

por tratar-se de controle concentrado de constitucionalidade, o único órgão competente para sua análise é o STF.

A Constituição de 1988 trouxe em seu texto a terminologia específica dessa ação constitucional, mas suas origens remontam à Carta Magna de 1965 (Emenda Constitucional 16), já estabelecendo a representação de inconstitucionalidade (MEIRELLES et al, 2014).

Tem por objetivo invalidar a lei ou ato contrário à Constituição, não necessitando, porém, de um caso concreto para análise (MORAES, 2014).

Com relação à inexistência de lide:

Nesta ação não há conflito de interesses entre partes. O controle de constitucionalidade não é feito de modo incidental, no curso do raciocínio judicial tendente à solução de um litígio, mas de forma principal, já que na ação direta de inconstitucionalidade se pede a declaração de inconstitucionalidade, sendo pressuposto para o seu julgamento apenas a análise da constitucionalidade da norma (SARLET et al, 2013, p. 989).

São legitimados para propor a ação de inconstitucionalidade aqueles elencados no artigo 103 da CF/88, quais sejam: Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembleia Legislativa, Governador de Estado, Procurador-Geral da República, Conselho Federal da OAB, partido político com representação do Congresso e confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.

O procedimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade se encontrava, num primeiro momento, no texto constitucional e no regimento interno do STF. Com a entrada em vigor da Lei nº 9.868/99, apesar de não mostrar-se exaustiva, o procedimento passou por diversas alterações, existindo ainda pontos controversos (MEIRELLES et al, 2014).

Na petição inicial deverão constar o dispositivo de lei ou ato normativo impugnado, os fundamentos jurídicos, bem como o pedido e suas especificações. Além disso, de acordo com a jurisprudência do STF, deverão também ser anexadas à inicial, a procuração e cópia da lei/ato normativo impugnado, sem prejuízo de outros documentos necessários como prova (LENZA, 2012).

Com relação à medida cautelar, o artigo 102, 'p' da CF/88 admitiu a possibilidade de solicitação, porém, entende-se que, considerando a presunção de

constitucionalidade da lei, deve-se comprovar o perigo de dano irreparável. A medida cautelar deverá ser concedida pela aprovação da maioria absoluta dos membros do Tribunal, 8 ministros (MORAES, 2014).

Moraes (2014) pondera que a Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica não possui prazo para ajuizamento, tendo em vista que a norma inconstitucional não se convalida com o decurso do tempo.

Com relação à possibilidade de *amicus curiae* na Ação Direta de Inconstitucionalidade:

Constitui, todavia, inovação significativa no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade a autorização para que o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, admita a manifestação de outros órgãos ou entidades (art. 7º, §2º). Positiva-se, assim, a figura do *amicus curiae* no processo de controle de constitucionalidade, ensejando a possibilidade de o Tribunal decidir as causas com pleno conhecimento de todas as suas implicações ou repercussões (MEIRELLES, et al, 2014, p. 449).

Com o fim de apresentar-se como um processo objetivo, estabeleceu-se algumas regras particulares, como bem apresenta Lenza (2012):

- a) inaplicabilidade do prazo recursal em dobro ou diferenciado para contestar;
- b) inexistência de prazo decadencial ou prescricional;
- c) inadmite-se a intervenção de terceiros e a assistência judiciária gratuita a qualquer das partes;
- d) não admite-se a desistência da ação;
- e) irrecorribilidade da decisão (salvo interposição de embargos de declaração);
- f) não vinculação à tese jurídica, ou causa de pedir: o Tribunal deve apenas apreciar a suposta inconstitucionalidade da lei/ato normativo, não estando vinculado às teses do autor.

Vale ressaltar, ainda, que a ação direta de inconstitucionalidade poderá ser parcialmente procedente, no sentido de ser declarada apenas uma palavra, expressão da lei/ato normativo como inconstitucional. Por sua vez, pode haver a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, com a indicação pelo Tribunal da melhor interpretação conforme, não recaindo em inconstitucionalidade (LENZA, 2012).

Por fim, os efeitos da decisão da ação direta de inconstitucionalidade serão, em regra, *erga omnes, ex tunc*, vinculantes e repristinatórios. Verifica-se, assim, que a lei deixa de ser parte do ordenamento jurídico a partir da decisão do Supremo Tribunal Federal, não se aplicando a regra do artigo 52, X da Constituição (MORAES, 2014).

O artigo 27 da Lei 9.868/99 permitiu a chamada modulação de efeitos. O Supremo Tribunal Federal poderá restringir os efeitos de sua decisão ou “decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

São requisitos da modulação dos efeitos: decisão de dois terços do Tribunal e razões de segurança jurídica ou interesse social. Ou seja, presentes esses dois requisitos, o Tribunal poderá atribuir o efeito *ex nunc* ou eficácia a partir de qualquer tempo que melhor entender (MORAES, 2014).

4.1.2 Ação de Inconstitucionalidade por Omissão

A Constituição estabelece determinados direitos fundamentais que, em regra, devem ser regulamentados através de lei complementar pelo Poder Legislativo. Entretanto, muitas vezes tal determinação não é obedecida, causando prejuízo ao exercício do direito e à própria força normativa da Constituição. Para afastar a falta de atuação do Legislativo e assegurar a tutela normativa dos direitos fundamentais criou-se a ação de inconstitucionalidade por omissão (SARLET et al, 2013).

De acordo com Silva (2004) a Carta Magna de 1988 instituiu o remédio constitucional influenciada pelo Direito Português, onde a Constituição prevê, em seu artigo 283 uma forma de controle de constitucionalidade concentrado nos seguintes termos:

A requerimento do Presidente da República, do Provedor de Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autónomas, dos presidentes das assembleias regionais, o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais (SILVA, 2004, p. 48).

O principal objetivo da referida ação se dá na chamada “síndrome de inefetividade das normas constitucionais”, defendida por doutrinadores no sentido

de, nas palavras de Moraes (2014, p. 795), “só há cabimento da presente ação quando a constituição *obriga* o Poder Público a emitir um comando normativo e este queda-se inerte”. Portanto, a omissão legislativa não decorre apenas da inércia do legislador infraconstitucional, mas de uma determinação expressa da Constituição Federal.

Assim leciona Ferreira Filho:

Dessa forma, entendemos que a inconstitucionalidade por omissão somente poderá ser verificada na hipótese de a Constituição mandar fazer alguma coisa num certo prazo e isso não se dar, como, por exemplo, a obrigação de apresentação ao Congresso Nacional de projetos relativos a seguridade social, no prazo máximo de seis meses da promulgação da Constituição, devendo o Congresso apreciá-los, também, em seis meses (1999, p. 325).

Prevista na Constituição de 1988, em seu artigo 103, §2º, pode-se conceituar:

A inconstitucionalidade por omissão é constatada quando o responsável pela iniciativa da norma de complementação não toma as medidas necessárias para sua edição, ou as toma de forma meramente parcial. Em síntese, a ação visa afastar, com eficácia *erga omnes*, omissão quanto à medida normativa necessária para tornar efetiva norma constitucional que não é de eficácia plena. (CHIMENTI et al, 2004, p. 379).

Com relação aos legitimados para propor a ação, em virtude da omissão do legislador nesse requisito, o Ministro Gilmar Mendes assim entende:

[...] diante da indefinição inexistente, será inevitável, com base mesmo no princípio de hermenêutica que recomenda a adoção da interpretação que assegure maior eficácia possível à norma constitucional, que os entes ou órgão legitimados a propor a ação direta contra ato normativo – desde que sejam contempladas as peculiaridades e restrições mencionadas – possam instaurar o controle abstrato da omissão (2007 apud LENZA, 2012, p. 365).

Silva (2004) defende que a oportunidade do legislador em regulamentar a ADO foi tímida, inclusive por optar pela exclusão do cidadão como parte legítima para propositura da ação, considerando que a ação popular de inconstitucionalidade já é conhecida em outros países, como na Alemanha.

O procedimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão é regulada pela Lei nº 9.868/99, também aplicável à Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, como visto anteriormente.

Deverá constar da petição inicial a indicação da omissão, parcial ou total, no cumprimento do dever de legislar ou de medida administrativa, o pedido e as especificações (MORAES, 2014).

Outros pontos importantes com relação ao procedimento da ADO (MEIRELLES et al, 2014):

- a) do indeferimento liminar da petição inicial caberá recurso de agravo;
- b) não se admite desistência da ação de inconstitucionalidade por omissão;
- c) permite-se a condição de *amici curiae* das pessoas legítimas para propor a ADO;
- d) admite-se a designação de peritos ou audiência pública para ouvir pessoas com experiência no tema.

Importante ressaltar que, como ensina Moraes (2014), diferentemente da ação direta de inconstitucionalidade genérica, o parecer do Advogado-Geral da União não é obrigatório no processo da ADO, sendo facultativa a oitiva do Procurador-Geral da União para se manifestar em 15 dias.

Inicialmente, o STF entendia que, na ação de inconstitucionalidade por omissão, não seria possível a concessão ou mesmo a análise de pedido de medida cautelar, considerando a natureza da decisão da ADO. Tal decisão consiste em mera comunicação formal da inconstitucionalidade ao órgão competente, não exercendo qualquer obrigação ao Legislativo. Com isso, acreditava-se que seria impossível o STF determinar qualquer providência a ser cumprida por meio de liminar (SARLET, et al, 2013).

Entretanto, com o advento da Lei nº 12.063/2009, passou-se a admitir a utilização da medida cautelar na ADO, somente com relação aos casos de extrema urgência e matéria relevante, sendo necessária decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal julgador. Os órgãos interessados poderão se manifestar no prazo de 5 dias anteriores à análise da liminar (LENZA, 2012).

A medida cautelar, de acordo com o artigo 12-F, §1º da Lei 9.868/99, poderá consistir em:

A medida cautelar poderá consistir na suspensão da aplicação da lei ou do ato normativo questionado, no caso de omissão parcial, bem como na suspensão de processos judiciais ou de procedimentos administrativos, ou ainda em outra providência a ser fixada pelo Tribunal.

Dispõe o artigo 12-G da Lei 9.868/99 que, após a concessão da medida cautelar, o STF deve publicar no Diário Oficial da União “a parte dispositiva da decisão no prazo de 10 (dez) dias, devendo solicitar as informações à autoridade ou ao órgão responsável pela omissão inconstitucional”.

Resolvida a questão da utilização da liminar na ação de inconstitucionalidade por omissão, passas-se à análise dos efeitos da sentença na ADO. Assim dispõe a Constituição Federal, em seu artigo 103, §2º:

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.

O efeito da decisão dependerá da classificação do órgão competente para sanar a inconstitucionalidade.

Segundo Moraes (2014), na hipótese de se tratar do Poder Legislativo, o Judiciário apenas poderá informar formalmente a omissão sem, contudo, estabelecer qualquer prazo para que esta seja sanada. Portanto, entende o autor que não há responsabilidade do poder Público pela não regulamentação do tema, exceto no caso de perdas e danos, considerando que a omissão está declarada judicialmente. Assim, a decisão da ação de inconstitucionalidade por omissão tem caráter mandamental ou obrigatório.

Da mesma forma entende Ferreira Filho:

Todavia, com relação à edição de normas pelo Poder Legislativo, a declaração configurara tão somente uma constatação da omissão, mesmo porque a independência dos poderes ficaria comprometida se o Poder Judiciário pudesse ou suprir a omissão de Poder Legislativo ou obrigá-lo a editar leis (1999, p. 326).

O STF, então, não poderá emitir norma geral de forma a promover a resolução de casos concretos, limitando-se a declarar a inconstitucionalidade, sob

pena de violar os princípios da Democracia e da Tripartição de Poderes (MEIRELLES, 2014).

O tema, entretanto, não se encontra livre de controvérsias, tendo em vista que o STF, para proteção da força da Constituição e das relações jurídicas, tem decidido no sentido de estipular prazo razoável para que o Legislativo normatize determinadas matérias. Por exemplo, a ADO 3.682, onde o Min. Gilmar Mendes estipulou o prazo de 18 meses para que o Congresso Nacional editasse lei complementar que regulasse a criação de municípios (LENZA, 2012).

Por outro lado, na hipótese do órgão competente ser de caráter meramente administrativo, deverá sanar a omissão declarada dentro de 30 dias ou outro prazo estipulado pelo Tribunal, dependendo das circunstâncias e do interesse público, de acordo com o artigo 12-H da Lei 9.868/99.

Questão muito discutida pelos magistrado, Meirelles (et al, 2014, p. 524) afirma que as decisões e seus efeitos se mostram “insuficientes para abarcar o complexo fenômeno da omissão inconstitucional”.

Vale ressaltar que, da mesma forma que a ação direta de inconstitucionalidade, a ADO possui, em regra, efeito *ex nunc*. O Tribunal poderá restringir o alcance da decisão, ou seja, eficácia *ex tunc*, nas hipóteses previstas na Lei 9.868/99 (artigo 27), em questões sobre segurança jurídica ou interesse social. Apresenta, também, efeito *erga omnes* (MEIRELLES et al, 2014).

4.1.3 Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental

A arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) tem por objetivo “evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público” (artigo 1º da Lei 9.882/99). Importante se faz esclarecer o conceito de preceito fundamental.

Existem intensa discussão e controvérsia acerca do conceito de preceitos fundamental, principalmente quanto à expressão ‘preceito’, a qual estaria relacionada com os princípios fundamentais, ou não. Parte dos doutrinadores (Luís Roberto Barroso e Gilmar Ferreira Mendes, por exemplo) consideram que a expressão acoberta tanto os princípios fundamentais quanto os sensíveis dispostos na Constituição (BARROSO, 2009 apud CAMILLO, 2010).

Verifica-se, portanto, que a ADPF se mostra mais restrita com relação à ADI genérica e por omissão, considerando que estas admitem discussão acerca de preceitos constitucionais que não são classificados como fundamentais (CHIMENTI et al, 2004).

Também inserida no sistema do controle concentrado de constitucionalidade, a ADPF deverá ser analisada, como instância única, pelo Supremo Tribunal Federal. Os legitimados para propô-la são os mesmos da ADI genérica e da ADI por omissão, elencados no artigo 103 da CF/88 (LENZA, 2012).

A lei determina a propositura da ADPF em três ocasiões: evitar lesão a preceito fundamental por decorrência de ato do Poder Público, reparar lesão causada por ato do Poder Público, e quando for relevante a controvérsia entre lei/ato normativo e o texto constitucional (MORAES, 2014).

A petição inicial deverá conter, além dos requisitos do artigo 282 do Código de Processo Civil, a indicação do preceito fundamental lesado e sua respectiva prova, o ato do Poder Público causador do dano, o pedido e, se necessário, a comprovação da controvérsia judicial acerca da aplicação do preceito fundamental em tela (LENZA, 2012).

De acordo com a Lei 9.882/99, a ADPF “pode ter por objeto relevante controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição vigente à época de sua propositura (direito pré-constitucional)”. Segundo a doutrina, trata-se da ADPF por equiparação ou incidente de inconstitucionalidade (CHIMENTI, et al, 2004, p. 373).

Lenza (2012) explica que, da mesma forma que na ADI genérica e por omissão admite-se, excepcionalmente, a figura do *amicus curiae*, desde que demonstrada a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes.

O julgamento deverá ser feito por maioria absoluta dos Ministros, ou seja, dois terços. Provida a arguição, as autoridades responsáveis pelo ato questionado serão comunicadas, determinando-se a forma de interpretação e aplicação do preceito fundamental (MEIRELLES et al, 2014).

A decisão terá efeito *erga omnes* e vinculante, aplicando-se o disposto no artigo 27 da Lei 9.868/99, referente à possibilidade da modulação dos efeitos da decisão por aprovação da maioria absoluta do Tribunal (MORAES, 2014).

4.1.4 Mandado de Injunção

Como visto anteriormente, a “prática constitucional tem demonstrado, ao longo do tempo, que alguns dos direitos e liberdades conferidos pela Constituição deixam de efetivar-se em razão da falta de norma regulamentadora”, por isso, o legislador criou, além daquelas já vistas, outra medida que objetive o exercício pleno desses direitos (FERREIRA FILHO, 1999, p. 315).

Segundo Sarlet (2013, p. 778-779), o instrumento em questão “visa a tutelar a pessoa diante das omissões inconstitucionais do Estado”. Trata-se do mandado de injunção, que está disposto no artigo 5º, LXXI da CF/88, nos seguintes termos:

LXXI – 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.

Não se pode, entretanto, confundir o mandado de injunção com o mandado de segurança, uma vez que aquele protege direitos especificados no texto constitucional, enquanto o mandado de segurança protege qualquer lesão a direito individual ou coletivo, líquido e certo. No mais, toda a matéria reservada ao mandado de segurança não poderá ser solucionada através de mandado de injunção, e vice-versa (MEIRELLES et al, 2014).

São requisitos do mandado de injunção: existência de direito constitucional relacionado à cidadania, soberania ou nacionalidade e falta de norma regulamentadora que impossibilite o exercício do direito. Nota-se que não cabe a ação constitucional para discutir inconstitucionalidade de lei, obter regulamentação de efeitos ou para obrigar o Legislativo a emitir determinada lei (MEIRELLES et al, 2014).

Será legítimo para figurar no polo ativo do mandado de injunção toda pessoa, física ou jurídica, cujo exercício de direito, liberdade ou prerrogativa constitucional esteja prejudicado. Vale ressaltar que, apesar de não estar expresso no texto constitucional, admite-se mandado de injunção coletivo (MORAES, 2014).

Quanto ao polo passivo da ação, Moraes (2014) ensina que, se a omissão for legislativa federal, será ajuizado em face do Congresso Nacional, entretanto, se a

iniciativa for do Presidente da República, deverá ser ajuizado contra ele, e não contra o Congresso.

Portanto, pode-se concluir, com relação ao conceito e finalidade do mandado de injunção que:

O impetrante age na busca direta do direito constitucional em seu favor, independentemente da regulamentação. Por isso é que dissemos que ele precisa ter interesse direto no resultado do julgamento. Compete ao Juiz definir as condições para a satisfação direta do direito reclamado e determiná-la imperativamente (SILVA, 2004, p. 449-450).

O rito do mandado de injunção segue o mesmo estabelecido para o mandado de segurança, de acordo com o artigo 24 da Lei 8.038/1990. (CHIMENTI et al, 2004).

Moraes (2014) leciona que, com relação aos efeitos da decisão do mandado de injunção, tem-se duas correntes teóricas: a concretista e não concretista.

A primeira defende que, ao decidir, o Tribunal declara a omissão legislativa e estabelece o exercício do direito tutelado, até que sobrevenha legislação competente. Por essa teoria, chamada concretista geral, a decisão terá efeito *erga omnes*, uma vez que o direito se encontra desprovido de regulamentação, afetando a todos.

Pela teoria concretista individual, a decisão produzirá efeitos somente para as partes, como defende Canotilho.

Por sua vez, a posição não concretista afirma ser a finalidade do mandado de injunção a mera declaração da omissão e comunicação ao órgão competente, assim como na ação de inconstitucionalidade por omissão.

Quando do advento do mandado de injunção, entendia-se correta a mera comunicação da omissão ao legislativo, entretanto, verificou-se a ineficácia de tal medida:

A contumaz omissão do Legislativo em várias áreas, no entanto, acabou revelando a insuficiência da solução. O descumprimento do prazo não trazia consequências práticas. Embora encarar o julgamento do mandado de injunção apenas como uma comunicação ao Poder Legislativo fosse postura teoricamente perfeita do ponto de vista estritamente jurídico, a prática passou a revelar sua ineficácia no mundo real. Os julgados em mandado de injunção foram sistematicamente ignorados pelo Congresso Nacional, que persistia na omissão ao longo de anos, não obstante repetidos

pronunciamentos da Suprema Corte (MEIRELLES et al, 2014, p. 342).

Com o tempo, a composição do STF inovou-se e foi possível a alteração da jurisprudência, no sentido de, no caso de declaração da omissão legislativa, além da comunicação ao órgão, o Tribunal poderá determinar diretrizes básicas para o imediato exercício do direito reclamado, protegendo, assim, a supremacia do texto constitucional (MEIRELLES et al, 2014).

Exemplos de decisões onde o STF determinou o imediato exercício de direito a ser tutelado serão analisados profundamente no capítulo seguinte.

5 DO ATIVISMO JUDICIAL

O constitucionalismo possui mesmo objeto do Direito Constitucional, uma vez que ambos nascem da existência de uma Constituição, seja ela escrita ou não. Suas características principais são a organização do Estado de forma a limitar o poder governamental e a previsão de direitos fundamentais. (MORAES, 2014).

Assim, pode-se definir o constitucionalismo da seguinte forma:

Teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma *técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos*. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma *teoria normativa da política*, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo (CANOTILHO, 1993, p. 51 apud LENZA, 2012, p. 56).

O constitucionalismo é, portanto, um movimento político e jurídico que defende a teoria onde o Estado tem seu poder limitado por um regime constitucional, contrariamente ao absolutismo, onde prevalece a vontade do governante (CHIMENTI et al, 2004).

O grande marco do constitucionalismo encontra-se na Idade Média, com a Magna Carta de 1215, que estabelece formalmente a proteção a alguns direitos fundamentais. No que se refere à Idade Moderna, tem-se como exemplos o *Petition of Rights* (1628) e o *Bill of Rights*, de 1689 na garantia dos referidos direitos (LENZA, 2012).

Outro fator importante para o crescimento e amadurecimento do constitucionalismo, segundo Lenza (2012), foi o constitucionalismo norte-americano, com os contratos de colonização da América do Norte. Além desses contratos, verifica-se ainda, indícios do constitucionalismo na *Declaration of Rights* do estado da Virgínia, em 1776, e a Constituição da Confederação dos Estados Americanos, em 1781 (CARVALHO, 2006 apud LENZA, 2012).

Na Europa, o constitucionalismo se desenvolveu dentro do sistema monárquico. A preocupação com a democracia, a fonte de poder e representação política só começa a alcançar importância no início do século XX, acompanhado das questões de procedimentos e conteúdo das obrigações negativas do Estado (BARROSO, 2013).

Segundo Barroso (2013), a democracia exerceu essencial papel no desenvolvimento do constitucionalismo, de forma que a democracia formal determina que o estado deve promover a proteção dos direitos individuais, tais como liberdades de expressão e locomoção. Por sua vez, a democracia material não contempla o Estado da maioria, como na formal, mas o Estado como protetor das minorias, de forma a abraçar grupos étnicos, religiosos e culturais. Assim, impõe ao estado atitudes negativas de proteção às liberdades individuais e positivas de respeito aos direitos fundamentais, como políticas sociais.

No Brasil, o marco inicial do constitucionalismo foi a Constituição da República de 1988, rompendo definitivamente com o estado autoritário brasileiro e consagrando o Estado Democrático de Direito, assegurando as liberdades e direitos fundamentais (D'ALMEIDA, 2013).

O constitucionalismo democrático depara-se, então, com as complexidades entre a soberania popular e os direitos fundamentais, governo da maioria e liberdade para todos, pluralismo e diversidade (BARROSO, 2013).

A partir do início do século XXI, a doutrina passa a desenvolver uma nova perspectiva do constitucionalismo, chamada de neoconstitucionalismo, constitucionalismo pós-moderno ou pós-positivismo. Trata-se, de acordo com Lenza (2012), não apenas do controle do poder governamental, mas da eficácia do texto constitucional, principalmente quanto aos direitos fundamentais.

De acordo com D'Almeida (2013), pode-se delimitar as seguintes características principais do neoconstitucionalismo: imperatividade da norma constitucional, aplicação dos princípios jurídicos nos casos concretos, substituição

da subsunção formal pela ponderação, concretização da moral, ética e justiça no Direito e o ativismo judicial.

A imperatividade da norma constitucional diz respeito à sua carga valorativa, tornando-a o centro do sistema jurídico, não apenas com relação às regras positivadas, mas ao espírito e valores constantes na Constituição, especialmente ao princípio da dignidade da pessoa humana. (LENZA, 2012).

Além disso, verifica-se a inutilidade do mero reconhecimento da discricionariedade do magistrado na subsunção e positivismo para análise do caso concreto. Assim, o neoconstitucionalismo objetiva a criação de teorias argumentativas para aplicação de uma resposta, solução racional para o fato, desde que limitada pela proporcionalidade. Portanto, busca-se nas atitudes governamentais o respeito à ética, moral e justiça (SARMENTO, 2009 apud D'ALMEIDA, 2013).

Por fim, a última característica do neoconstitucionalismo é uma consequência das anteriores e frente às omissões legislativas que impossibilitam a plena realização dos direitos fundamentais. O ativismo judicial tem sua origem, também, na crescente busca pela tutela jurisdicional e na improficuidade legislativa (D'ALMEIDA, 2013).

A chamada “judicialização da política” mostra-se como ponto crucial no entendimento do surgimento do ativismo judicial. O crescente desenvolvimento da sociedade, principalmente quanto à satisfação dos direitos fundamentais culminou no aumento considerável de demandas levadas ao judiciário (BARROSO, 2008).

Verifica-se inclusive que, de acordo com dados publicados pelo CNJ, no ano de 2013 cerca de 95 milhões de processos se encontravam pendentes no Poder Judiciário brasileiro, percebendo um acréscimo de 12 milhões de demandas desde 2009.

Campos (2014) ensina que a “judicialização da justiça” se dá por dois motivos. A Constituição Federal de 1988, por ser analítica, possui uma grande gama de temas em seu texto, assim, pode se tornar facilmente fonte jurídica para fundamentar direitos pleiteados. Além disso, o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro permite que uma demanda seja proposta diretamente perante o STF, como visto anteriormente.

Ambos os fatores contribuem para o aumento da provocação do Judiciário, causando a diminuição da popularidade dos poderes Legislativo e Executivo,

enquanto vistos como poderes inertes e insuficientes. Por exemplo, nos casos da vedação do nepotismo (ADC nº 12), incompatibilidade da lei de imprensa com a CF/88, através da ADPF nº 130 e a possibilidade de quebra de sigilo por CPI, por meio do MS nº 27.483 (BARROSO, 2008).

Segundo Barroso (2008), o ativismo judicial é fruto da judicialização, porém, diferencia-se desta por se tratar de ato “discricionário” do magistrado, cabendo ao jurista a escolha do método de interpretação mais adequado na aplicação do texto constitucional, expandindo seu sentido.

Da mesma forma que a judicialização, o ativismo judicial encontra fundamento no deslocamento entre o Legislativo e a sociedade civil, uma vez que as decisões políticas não mais concatenam com a vontade do povo. Assim, as necessidades sociais deixam de ser atendidas plenamente, corroborando com a baixa aceitação do Poder Legislativo (TEIXEIRA, 2012).

Apesar do termo ‘ativismo judicial’ não possuir um conceito determinado e unificado na doutrina, pode-se dizer que:

*Ativismo judicial é uma expansão do exercício da discricionariedade judicial, no qual um juiz ou um Tribunal cria ou estende um direito, afasta a aplicação da lei, ou utiliza-se do poder judicial para promover mudanças sociais (*judicial overreaching*) e intervir ou efetivar políticas públicas (*policy making*) (VITOVSKY, 2010, p. 91).*

Com relação à manifestação concreta do ativismo judicial, ocorre através de três principais atos do Judiciário, quais sejam:

(i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2008, p. 6).

As origens do ativismo estão na jurisprudência norte-americana, primeiramente a de natureza conservadora (caso *Dred Scott v. Sandford*, 1857), e desenvolveu-se para a defesa dos direitos humanos, como no caso *Brown v. Board of Education* (1954). Importante se faz mencionar que a primeira ocasião em que se

utilizou o termo 'ativismo judicial' foi em janeiro de 1947, em artigo elaborado por Arthur Schlesinger Jr. para a Revista *Fortune* (VITOVSKY, 2010).

Vale ressaltar, também, a antítese do ativismo judicial, chamada autocontenção judicial. Essa teoria consiste na interpretação restritiva da Constituição pelo magistrado, utilização de critérios rígidos para declaração de inconstitucionalidade e proibição do Judiciário em interferir em políticas públicas (BARROSO, 2008).

Para Barroso (2008), a face positiva do ativismo é a satisfação das necessidades sociais não atendidas pelo Legislativo, como a greve no serviço público e novas regras eleitorais. Por outro lado, o aspecto negativo está na exposição das fragilidades do Legislativo e das dificuldades apresentadas pelo poder público em geral. Por exemplo, no caso da inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei de Biossegurança, a seção de julgamento da ADIN nº 3.150 obteve maior visibilidade social do que o debate político que culminou na lei regulamentadora.

Além de satisfazer as necessidades sociais, o ativismo contribui também para a adaptação legal às mudanças sociais, inevitáveis ao modelo social vigente, com a aplicação progressiva dos princípios e precedentes constitucionais aos casos concretos (DAM, 2007 apud VITOVSKY, 2010).

Assim como a sociedade se mostra dinâmica com relação aos direitos a serem tutelados pelo Judiciário, o magistrado possui o dever funcional de adaptar a norma ao caso, tornando-se o suplemento da legislação. Dessa forma:

A função da lei é de fixar, junto a grandes visões, as máximas gerais do direito, de estabelecer os princípios fecundos em consequências, e não descer ao detalhe das questões que podem nascer de cada matéria. É ao magistrado e ao juris-consulto, imbuídos do espírito geral das leis, que deve se dirigir a sua aplicação (PORTALIS, 1988, p. 26 apud VITOVSKY, 2010, p. 116).

A doutrina é divergente quanto às críticas ao ativismo, de forma que os juristas apontam diversos pontos negativos. Serão analisados os itens apontados por Luís Roberto Barroso, por se mostrarem mais claros, objetivos e condizentes com a realidade brasileira.

A primeira consequência negativa do ativismo é a ilegitimidade democrática. Trata-se da falta de legitimidade do Judiciário em sobrepor-se à vontade do

Legislativo, poder competente para exercer a representação efetiva do povo mediante voto (BARROSO, 2008).

Porém, uma contraposição a esse argumento está no fato do Judiciário possuir função típica de exercer a lei, interpretando-a da melhor forma, principalmente o STF com relação à Constituição Federal. Portanto, o fato de não ser eleito faz do juiz autoridade competente para defesa dos direitos das minorias, exercendo um 'contrapoder' com as majorias (FERRAJOLI, 1999 apud VITOVSKY, 2010).

O segundo ponto negativo do ativismo judicial é o risco de politização da justiça. De acordo com Barroso (2008), essa possibilidade existe porque, apesar da exigência de um juiz imparcial, tem-se conhecimento que o magistrado leva em consideração seus sentimentos, suas opiniões, na resolução da lide.

Teixeira (2012) ensina que, enquanto o sistema jurídico é baseado na proteção dos direitos, a racionalidade política defende o interesse de determinados setores da sociedade, não considerando um bem a ser tutelado em si, mas nos aspectos sociais, na repercussão geral da matéria. A decisão judicial, portanto, está orientada na realização do direito tutelado, enquanto a política tem como objetivo concretizar interesses sociais.

Supera-se esse argumento através do princípio da motivação das decisões, onde o juiz é compelido a fundamentar todas suas decisões pormenorizadamente e racionalmente. Além disso, verifica-se que, verdadeiramente, o ativismo judicial está mais ligado à justiça e à ética do que propriamente à política (BARROSO, 2008).

Por fim, Barroso (2008) determina a terceira face negativa do ativismo, a capacidade institucional do judiciário.

Constitui em medidas judiciais corretivas, onde o Tribunal "impõe obrigações afirmativas a outros campos do governo, ou a tomar instituições governamentais sob supervisão judicial, como parte de um remédio imposto judicialmente" (MARSHALL, 2002, apud VITOVSKY, 2010, p. 111).

Em outras palavras, o Judiciário pode não ter o conhecimento necessário para resolver a matéria, devendo aceitar a manifestação dos Poderes Legislativo e Executivo. O impacto de uma decisão em um caso concreto é diferente de uma decisão abrangente, como por exemplo, na discussão acerca da distribuição de medicamentos e terapias custeadas pelo poder público. As políticas sociais

deveriam ser analisadas pela Administração Pública, competente para tal determinação (BARROSO, 2008).

Para Canivet (2006 apud VITOVSKY, 2010), o magistrado e o legislador possuem funções colaborativas, que se complementam na continuidade e permanência do direito.

A seguir, serão explanadas considerações acerca da importância do papel das cortes constitucionais na defesa do ativismo judicial como protetor dos direitos fundamentais e desenvolvimento legislativo.

5.1 As Cortes Constitucionais como ativistas judiciais

Como visto anteriormente, a discussão acerca do ativismo judicial nasce nos Estados Unidos. Mais precisamente, iniciou com o caso *Marbury v. Madison*, na consolidação do poder da Corte Constitucional norte americana com o chamado *judicial review*, equivalente ao controle de constitucionalidade brasileiro (CAMPOS, 2014).

De acordo com Campos (2014), as principais decisões da corte norte americana de natureza ativista são *Dred Scott v. Sandford* (1857) e *Lochner v. New York*.

No primeiro, a corte decidiu pela ilegitimidade ativa de *Dred Scott* para propor ação perante o sistema jurídico americano. No voto, considerado por muitos como o mais odioso e infame da história dos EUA, decidiu-se que Scott, por ser escravo, não era considerado cidadão americano, impedindo o exercício dos direitos e garantias constitucionalmente previstos (CAMPOS, 2014).

No caso *Lochner v. New York*, a corte declarou inconstitucional lei estadual de Nova York que estabelecia jornada de trabalho máxima de 60 horas semanais, considerando-a desnecessária e arbitrária, sob o fundamento que a constituição americana assegura, de forma implícita, a liberdade de contratar (TEIXEIRA, 2012).

A partir desse caso, a corte americana passou a decidir diversas ações com base em princípios e interferindo na organização econômica do país. Foi a chamada “*Era Lochner*” (CAMPOS, 2014).

Mas o assunto não se limitou à América do Norte. Em outros países as Cortes Constitucionais seguem publicando decisões polêmicas, como na Alemanha, Itália e África do Sul.

Após a Segunda Guerra Mundial, a Corte Constitucional da Alemanha passou a exercer papel fundamental na proteção dos direitos humanos, de maneira a utilizar o controle de constitucionalidade constantemente, levando o Executivo e Legislativo a aceitarem as decisões impostas e adaptarem novas leis aos princípios constitucionais declarados pela Corte (CAMPOS, 2014).

Exercem, ainda, importante função as cortes da Itália e África do Sul. Na Itália, a corte constitucional buscou a ruptura com o antigo governo totalitário, estabelecendo a defesa da democracia e direitos fundamentais com a criação judicial do direito através das sentenças manipulativas, onde há transformação no significado da lei (CAMPOS, 2014).

Na África do Sul, a corte constitucional vem exercendo imensa importância na transformação da sociedade pós-Apartheid através da progressiva interpretação da Constituição de 1996. Ao promover a justiça social, o Judiciário tem amenizado as diferenças sociais do país (PAUMGARTTEN, 2012).

Segundo Anjos (2010), o Brasil passou a desenvolver a ideia de ativismo judicial após a Constituição de 1988, com maior atividade do Poder Judiciário. Nesse sentido:

Assim, intentando cumprir as funções previstas no Texto de 1988, o Poder Judiciário, paulatinamente, consolidava-se como instituição mais ativa e comprometida politicamente com o atendimento à crescente demanda por justiça na sociedade brasileira, decorrente tanto da redescoberta da cidadania em virtude da conscientização das pessoas em relação aos seus direitos (pós-redemocratização), como também da ampliação do leque de novos direitos, instrumentos jurídicos e de legitimados ativos para a tutela dos seus interesses (ANJOS, 2010, p. 148).

Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal vem, gradualmente, por meio do sistema de controle de constitucionalidade das leis, mostrando-se como autoridade político-normativa, posição inédita em sua história (CAMPOS, 2014).

Sobre a atuação do STF como ativista judicial, assim afirma Campos:

Além de suprir lacunas legislativas; ela expande os significados e o alcance de enunciados normativos constitucionais muito indeterminados; afirma direitos e interesses substantivos apenas vagamente definidos na Constituição de 1988; altera o sentido das leis e de outros atos normativos infraconstitucionais sob o pretexto de conformá-los à Constituição; amplifica os próprios poderes

processuais e os efeitos de suas decisões; interfere na formulação e na aplicação de políticas públicas (2014, p. 29).

O Ministro Celso de Mello, em 2008, assumiu publicamente o caráter ativista exercido pelo Supremo Tribunal Federal, defendendo a necessidade institucional do ativismo diante da passividade e inércia do poder público, não podendo aceitar constantes violações ao texto constitucional (CAMPOS, 2014).

O ativismo judicial no Brasil é consequência do crescimento intelectual da população, com a superação do governo autoritarista na promulgação da Constituição de 1988. A Carta Magna instituiu, sabiamente, em seu texto, mecanismos processuais objetivando a eficácia de seus princípios. Apesar desse procedimento depender do Poder Judiciário, é também consequência da mobilização popular e cidadania juridicamente participativa (CITTADINO, 2004).

5.2 Descriminalização da antecipação terapêutica do feto anencéfalo

Em 2004, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) propôs a ADPF nº 54 para que fosse legalizada a prática do aborto no caso de fetos anencéfalos. Por 8 votos a 2, o Supremo Tribunal Federal permitiu a interrupção da gravidez nessa hipótese (SAVARESE, 2012).

Em seu voto, o Ministro Luiz Fux argumentou que o Código Penal tipifica o crime de aborto com exceção às hipóteses de risco e estupro. Para o Ministro, a criminalização do aborto de anencéfalo equivale à tortura:

Um bebê anencéfalo é geralmente cego, surdo, inconsciente e incapaz de sentir dor. Apesar de que alguns indivíduos com anencefalia possam viver por minutos, a falta de um cérebro descarta completamente qualquer possibilidade de haver consciência. [...] Impedir a interrupção da gravidez sob ameaça penal equivale à tortura (SANTOS, 2012).

Por sua vez, o Ministro Ricardo Lewandowski fundamentou seu voto contrário à possibilidade do aborto afirmando que o Supremo Tribunal Federal só tem competência para 'legislar' negativamente, no sentido de retirar do ordenamento jurídico uma norma incompatível com a Constituição. Para o Ministro, a lei penal deveria ser mantida intacta, com as exceções ao crime de aborto já previstas (SAVARESE, 2012).

O Ministro Relator Marco Aurélio Mello assim argumentou em seu voto:

Aborto é crime contra a vida. Tutela-se a vida em potencial. No caso do anencéfalo, repito, não existe vida possível. Na expressão do Ministro Joaquim Barbosa, constante do voto que chegou a elaborar no Habeas Corpus nº 84.025/RJ, o feto anencéfalo, mesmo que biologicamente vivo, porque feito de células e tecidos vivos, é juridicamente morto, não gozando de proteção jurídica e, acrescento, principalmente de proteção jurídico-penal. Nesse contexto, a interrupção da gestação de feto anencefálico não configura crime contra a vida – revela-se conduta atípica (ADPF nº 54, Min. Rel. Marco Aurélio Mello, STF, 12 de abr. 2012).

A Ministra Carmen Lúcia ponderou que o Tribunal não objetivou permitir o aborto em todas as suas formas, apenas a liberdade da grávida e do médico em realizar o aborto. Por sua vez, o Ministro Ayres Britto afirmou o entendimento que a decisão visa “um direito que tem a mulher de interromper uma gravidez que trai até mesmo a ideia-força que exprime a locução ‘dar à luz’. Dar à luz é dar à vida e não dar à morte” (SANTOS, 2012).

Inconformada com a decisão, uma advogada pertencente a um dos grupos religiosos presentes na sessão de julgamento manifestou-se dizendo que a Constituição foi rasgada com a referida decisão, pois a Carta Magna deveria ‘proteger os indefesos’ (SANTOS, 2012).

Ao se manifestar sobre a polêmica decisão do Tribunal, assim disse Dalmo Dallari:

É preciso dar à mulher a possibilidade, o direito de tomar a decisão. Ela é quem deve ter a última palavra. Se ela decidir pela retirada do feto [anencéfalo], pelo aborto, eu acho que não deve ser objeto de punição. [...] É [uma evolução da legislação] porque, entre outras coisas, sempre houve um certo temor para enfrentar o problema, ele foi sempre adiado. E agora finalmente, então, o Supremo decide enfrentá-lo (GLOBO.COM, 2012).

Ives Gandra da Silva Martins assim analisa o caso da ADPF nº 54:

Ora, se nem nas omissões inconstitucionais do Parlamento pode a Suprema Corte legislar, com muito maior razão não poderia legislar em hipótese em que o Congresso não legisla, porque todas as dezenas de projetos de leis que cuidam do aborto não conseguiram passar pelas comissões parlamentares encarregadas, após audiências públicas; a grande maioria do povo brasileiro é contrária à legalização do homicídio uterino; não pertence à cultura do povo

brasileiro provocar a morte de alguém pelo fato de não haver tratamento curativo para uma determinada doença (MARTINS, 2012).

O jurista critica, ainda, a posição do Supremo Tribunal Federal como legislador no caso em tela, com base na tripartição de poderes. Martins (2012) defende a tese de que o Congresso poderia anular a decisão da ADPF nº 54 sob o fundamento da invasão do poder de legislar.

5.3 Reconhecimento da união estável homoafetiva

O julgamento da ADPF nº 132 e ADI 4277 ensejou no reconhecimento da união estável homoafetiva. A questão foi decidida pelo voto favorável de 10 Ministros, entre eles, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio de Mello e Ricardo Lewandowski. A Ministra Carmen Lúcia, ao iniciar seu voto, argumentou que o Direito Constitucional deve ser utilizado como repúdio a qualquer forma de preconceito, no qual estão ‘momentos infelizes da sociedade’ (RECONDO, 2011).

Para Lenio Streck, Procurador de Justiça do Rio Grande do Sul, a decisão do STF é contrária à tripartição dos Poderes, defendendo a tese de que essa matéria cabe apenas ao Congresso Nacional. No mais, diz que a Constituição estabelece a união entre homem e mulher, havendo limitação semanticamente no texto Constitucional (RECONDO, 2011).

O Legislativo, desde a década de 90, recebeu diversos projetos de lei que discutiam a questão da união homoafetiva, sendo que todos estes foram ‘engavetados’ ou não chegaram a ser colocados em pauta para votação (CHAGAS, 2012).

O Ministro Celso de Mello afirmou que o ativismo judicial do STF deve ser exercido em situações excepcionais, onde o atraso do Poder Público ofende os princípios constitucionais, não se admitindo uma posição passiva do Judiciário (CHAGAS, 2012).

5.4 Reconhecimento do direito de greve dos servidores públicos

Em 25 de outubro de 2007, foram julgados os Mandados de Injunção nº 670, 708 e 712, impetrados respectivamente pelo Sindicato dos Servidores Policiais Civis

do Espírito Santo (Sindpol), Sindicato dos Trabalhadores em Educação de João Pessoa (Sintem) e pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Pará (Sinjep) (STF, 2007).

No referido julgamento, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela declaração de omissão do Legislativo quanto ao direito de greve dos servidores públicos, com a aplicação temporária da Lei nº 7.783/90, que regula o direito de greve para outros trabalhadores (STF, 2007).

Em seu voto, o Ministro Ricardo Lewandowski, apesar de reconhecer certa natureza legislativa em sua decisão, entendeu como correta a aplicação da Lei 7.783/90 no caso dos servidores públicos, com o objetivo de conferir 'efetividade real e concreta' ao mandado de injunção (MI 712-8, DF, 2007).

Com relação à suposta atuação legislativa do Supremo Tribunal Federal, a ementa do Mandado de Injunção nº 712, assim dispõe:

13. O argumento de que a Corte estaria então a legislar --- o que se afiguraria inconcebível, por ferir a independência e harmonia entre os poderes [art. 2º da Constituição do Brasil] e a separação dos poderes [art. 60, § 4º, III] --- é insubsistente. 14. O Poder Judiciário está vinculado pelo dever-poder de, no mandado de injunção, formular supletivamente a norma regulamentadora de que carece o ordenamento jurídico. 15. No mandado de injunção o Poder Judiciário não define norma de decisão, mas enuncia o texto normativo que faltava para, no caso, tornar viável o exercício do direito de greve dos servidores públicos. 16. Mandado de injunção julgado procedente, para remover o obstáculo decorrente da omissão legislativa e, supletivamente, tornar viável o exercício do direito consagrado no artigo 37, VII, da Constituição do Brasil (STF - MI: 712 PA, Relator: Eros Grau, Publicado no DJe-206 em 31 de out. de 2008).

O Ministro Celso de Mello afirmou que a inércia do Congresso Nacional em regulamentar a greve dos servidores públicos carrega uma descrença na Constituição Federal, sendo dever do Supremo Tribunal Federal assegurar os direitos constitucionais (STF, 2007).

Com a decisão dos Mandados de Injunção sobre greve de servidores públicos, o STF firmou posicionamento característico do ativismo judicial da corte, com uma postura mais ativa para concretizar o Estado Social estabelecido pela Constituição Federal de 1988 (MENEZES, 2013).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A função precípua do Supremo Tribunal Federal é a guarda da Constituição, na busca da máxima efetividade de seu texto e seus princípios. Por isso, concentrou-se em analisar exaustivamente o controle de constitucionalidade, meio direto de compatibilização das normas infraconstitucionais com a Carta Magna.

Esta pesquisa teve como objetivo a análise dos pontos positivos e negativos do ativismo judicial, forma pela qual a Corte Constitucional pode aplicar a intenção do legislador originário no caso concreto. Essa atividade se dá por meio do controle de constitucionalidade difuso.

Como visto, a Constituição estabelece meios processuais para garantia efetiva dos direitos individuais e coletivos, principalmente pelo referido controle de constitucionalidade.

Com a crescente omissão legislativa, o poder Judiciário passou a reconhecer direitos em seus julgados, exercendo função de legislador positivo, com a ruptura do princípio da separação dos poderes. Por outro lado, se queda-se passivo e inerte, o Judiciário estaria anulando o sentido de existir dos remédios constitucionais, principalmente o Supremo Tribunal Federal.

Passada essa análise, constatou-se a existência de um novo modelo de interpretação e aplicação da norma constitucional, o neoconstitucionalismo. De acordo com essa teoria, o texto constitucional deve ser aplicado de forma mais efetiva, buscando um sentido de justiça, ética e moral na atuação do Poder Público.

Demonstrou-se que uma das consequências do neoconstitucionalismo é o chamado ativismo judicial, conceituado como uma participação ativa do Judiciário na garantia e reconhecimento de direitos constitucionais.

Após, passou-se a análise dos quesitos positivos e negativos do ativismo apontados por doutrinadores.

Apesar de necessário para suprir a inércia do Legislativo na efetivação e proteção dos direitos fundamentais, o ativismo judicial recebeu diversas críticas negativas, principalmente relacionadas com a tripartição de poderes e legitimidade.

Justificaram-se as críticas negativas invocando o texto constitucional, o qual determina a função de guardião da Constituição ao STF, os remédios constitucionais referentes ao controle de constitucionalidade concentrado e difuso exercido pelo Supremo e a fundamentação exaustiva dos julgados.

Diante das diversas causas de origem e crescimento do ativismo judicial, concluiu-se que o mais presente no cenário político brasileiro é a inércia do Poder Legislativo.

Os três exemplos analisados, aborto de feto anencéfalo, união homoafetiva e greve dos servidores públicos, comprovam o prejuízo incalculável da inércia e morosidade do Legislativo.

Tal fato justificaria a característica ativista dos últimos julgados do Supremo Tribunal Federal.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Sérgio Tibiriçá; GOUVEIA, Daniel Otávio Genaro. **Organização dos Poderes e suas funções típicas e atípicas segundo a Constituição Federal de 1988**. 2009. Disponível em <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1685/1604>> Acesso em 03 nov. 2014.

ANJOS, Leonardo Fernandes dos. Expansão dos Instrumentos de Jurisdição constitucional no Supremo Tribunal Federal e o ativismo judicial processual. In: OLIVEIRA, Umberto Machado de; ANJOS, Leonardo Fernandes dos. (Coord.). **Ativismo Judicial**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 89-136.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. 2008. Disponível em <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em 28 de mar. 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. **Lei 9.507 de 12 de novembro de 1997**. Brasília, DF: Senado, 1997.

_____. **Lei 9.868 de 10 de novembro de 1999**. Brasília, DF: Senado, 1999.

_____. **Lei 9.882 de 3 de dezembro de 1999**. Brasília, DF: Senado, 1999.

_____. **Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 54**. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Brasília, DF, 12 de abr. 2012. Disponível em

<<http://www.osconstitucionalistas.com.br/wp-content/uploads/acordao-ADPF-54.pdf>>
Acesso em 30 de mar. 2015.

_____. **Supremo Tribunal Federal. MI 708-0.** Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 19 de set. 2007. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaAgendaMinistro/anexo/mi708.pdf>> Acesso em 30 de mar. 2015.

_____. **Supremo Tribunal Federal. MI 712 PA.** Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 31 de out. 2008. Disponível em <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2926757/mandado-de-injuncao-mi-712-pa>> Acesso em 25 de abr. de 2015.

CAMILLO, Maria Thereza Tosta. **O sentido e o alcance da expressão preceito fundamental: uma construção jurisprudencial.** 2010. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/17770/o-sentido-e-o-alcance-da-expressao-preceito-fundamental-uma-construcao-jurisprudencial/3>> Acesso em 26 de fev. 2015.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF.** Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CHAGAS, Marianna. **O julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277 e seus reflexos na seara do casamento civil.** 2012. Disponível em <<http://arpen-sp.jusbrasil.com.br/noticias/2978105/artigo-o-julgamento-da-adpf-132-e-da-adi-4277-e-seus-reflexos-na-seara-do-casamento-civil>> Acesso em 30 de mar. 2015.

CHIMENTI, Ricardo Cunha; CAPEZ, Fernando; ROSA, Márcio F. Elias; SANTOS, Marisa F. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2004.

CITTADINO, Gisele. **Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia.** Revista Alceu, p. 105-113, jul/dez. 2004. Disponível em <http://revistaalceu.com.puc-rio.br/media/alceu_n9_cittadino.pdf> Acesso em 29 de mar. 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números**. 2014. Disponível em < ftp://ftp.cnj.jus.br/Justica_em_Numeros/relatorio_jn2014.pdf> Acesso em 28 de mar. 2015.

D'ALMEIDA, Thiago Mello. **Neoconstitucionalismo: Origens e aspectos relevantes**. 2013. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/25205/neoconstitucionalismo-origens-e-aspectos-relevantes>> Acesso em 17 de mar. 2015.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 26^a ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

GLOBO.COM. **Veja como repercutiu a decisão do STF sobre aborto de feto sem cérebro**. 2012. Disponível em <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2012/04/veja-como-repercutiu-decisao-do-stf-sobre-aborto-de-feto-sem-cerebro.html>> Acesso em 30 de mar. 2015.

KELLY, Martin. **Marbury v. Madison: Supreme Court Case**. 2015. Disponível em <<http://americanhistory.about.com/od/judicialbranch/p/marbury.htm>> Acesso em 12 fev. 2015.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOURENÇO, Iolando; GIRALDI, Renata. **Nos últimos 20 anos, Brasil fez um plebiscito e um referendo**. 2013. Disponível em <<http://memoria.etc.com.br/agenciabrasil/noticia/2013-06-30/nos-ultimos-20-anos-brasil-fez-um-plebiscito-e-um-referendo>> Acesso em 10 fev. 2015.

MARTINS, Ives Gandra. **ADPF 54 e o ativismo judicial do STF**. 2012. Disponível em <<http://www.gazetadopovo.com.br/opiniao/artigos/a-adpf-54-e-o-ativismo-judicial-do-stf-34ilf7qids0jlkbwxiuh2z2>> Acesso em 30 de mar. 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 36ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MENEZES, Bruno Paiva. **Ativismo Judicial: O Supremo Tribunal Federal estaria legislando? Caso dos mandados de injunção que regulamentam o direito de greve dos servidores públicos**. 2013. Disponível em <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/13716/ativismo_judicial_menezes.pdf?sequence=2> Acesso em 30 de mar. 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

OLIVEIRA, Umberto Machado de; ANJOS, Leonardo Fernandes dos. **Ativismo Judicial**. Curitiba: Juruá, 2010.

PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. **Constitucionalismo transformador: o caso sul-africano**. Revista SJRJ, Rio de Janeiro, p. 147-161, ago. 2012. Disponível em <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/view_File/334/290> Acesso em 29 mar. 2015.

PINHO, Luís Gustavo Gonçalves. **Os efeitos de uma decisão com base no controle difuso**. 2010. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2010-fev-03/efeitos-decisao-proferida-base-controle-difuso?pagina=3>> Acesso em 26 de fev. 2015.

RABAT, Márcio Nuno. **Sistema eleitoral majoritário (voto distrital)**. Brasília: Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados, 2010.

RECONDO, Felipe. **Para Procurador do RS, Constituição só reconhece união entre 'homem e mulher'**. 2011. Disponível em <<http://ciencia.estadao.com.br/noticias/geral,para-procurador-do-rs-constituicao-so-reconhece-uniao-entre-homem-e-mulher,715310>> Acesso em 30 mar. 2015.

_____. **STF aprova por unanimidade reconhecimento da união homoafetiva**. 2011. Disponível em <<http://ciencia.estadao.com.br/noticias/geral,stf-aprova-por>>

unanimidade-reconhecimento-da-uniao-homoafetiva,7153 67> Acesso em 30 de mar. 2015.

SANTOS, Débora. **Supremo decide por 8 a 2 que aborto de feto sem cérebro não é crime.** 2012. Disponível em <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2012/04/supremo-decide-por-8-2-que-aborto-de-feto-sem-cerebro-nao-e-crime.html>> Acesso em 30 de mar. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SAVARESE, Maurício. **Ministro é contra a interrupção de gravidez de anencéfalos; cinco já foram favoráveis.** 2012. Disponível em <<http://noticias.uol.com.br/ciencia/ultimas-noticias/redacao/2012/04/11/ministro-e-contra-a-interruptao-de-gravidez-de-anencefalos-cinco-ja-foram-favoraveis.htm>> Acesso em 30 de mar. 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional.** 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Supremo determina aplicação da lei de greve dos trabalhadores privados aos servidores públicos.** 2007. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=75355>> Acesso em 30 mar. 2015.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Ativismo Judicial: Nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política.** Revista Direito GV, São Paulo, p. 37-58, jan/jun. 2012.

VITOVSKY, Vladimir Santos. **Activismo Judicial: só pecados e virtudes? Contribuições para uma teoria sociojurídica.** In: OLIVEIRA, Umberto Machado de; ANJOS, Leonardo Fernandes dos. (Coord.). **Ativismo Judicial.** Curitiba: Juruá, 2010. p. 89-136.