

UNIVERSIDADE
AUTÓNOMA
DE LISBOA



DEPARTAMENTO DE DIREITO
MESTRADO EM DIREITO
ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA
“LUÍS DE CAMÕES”

**O ATIVISMO JUDICIAL E A EFETIVAÇÃO DE DIREITOS
FUNDAMENTAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Ciências Jurídicas

Autor: Rafael Pleutin Arakaki

Orientador: Professor Doutor Armindo Saraiva Matias

Número do Candidato: 20151530

Abril de 2020

Lisboa

O ATIVISMO JUDICIAL E A EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

RAFAEL PLEUTIN ARAKAKI

Dissertação para obtenção do grau de Mestre em Direito com especialidade em Ciências Jurídicas pela UAL, sob orientação do Professor Doutor Armindo Saraiva Matias.

Abril de 2020

Lisboa

Dedicatória

Dedico este trabalho à minha família, pelas palavras e gestos concretos de apoio, incentivo, motivação e sobretudo pelo amor incondicional em todos os momentos. À amiga e coordenadora Adrianany, que me inspira a lutar diariamente em prol de uma educação que transcenda as barreiras da sala de aula, fazendo do Brasil um país mais justo e humano. À amiga e coordenadora Samya Abud, pessoa aguerrida fundamental para o meu desenvolvimento pessoal, que, por meio do exemplo, me inspira a ser mais forte. Aos amigos e colegas professores que me inspiram diariamente a ser um professor melhor, em especial, ao professor e amigo Leandro Godoy, pelos conselhos e discussões que fomentaram reflexões fundamentais para o desenvolvimento desta dissertação, ao professor e amigo Caique Ribeiro, pelas perspectivas apresentadas em cada almoço-filosófico que junto tivemos, ao professor e amigo Sergue, que me acompanha em muitas empreitadas extraclasse sempre demonstrando companheirismo e parceria, à minha namorada Alexia, que me esteve ao meu lado me apoiando nos momentos que precisei, e à todos os novos amigos do Curso de Mestrado. Dedico também a todos os meus amigos e familiares pelas mensagens de esperança e ânimo, em especial, à querida amiga Valdirene Gaetani Faria, que jamais deixou de me estimular em busca da concretização dos meus sonhos e à Dra. Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira, pelas palavras de incentivo na reta final deste trabalho. Por fim, agradeço ao professor orientador Doutor Armindo Saraiva Matias, por todo auxílio e disposição em colaborar com o desenvolvimento e organização de ideias que resultaram na elaboração da presente dissertação.

Agradecimentos

Agradeço a Universidade Autónoma de Lisboa – UAL, na pessoa do Diretor do Curso de Mestrado e também catedrático professor Dr. Pedro Trovão do Rosário, pelos ensinamentos e manifestações de apoio e encorajamento à pesquisa científica. À Professora Dra. Stela Marcos de Almeida Neves Barbas, pela forma magistral e única com que transmite os seus conhecimentos. Pelos incentivos e conselhos; será sempre um marco de respeito e admiração. Ao meu orientador Dr. Armindo Saraiva Matias, que sempre me aconselhou, ensinou mostrando a direção jurídica e dando contorno ao tema, aceitando ser meu orientador, incentivando o desenvolvimento desta dissertação desde o primeiro momento ao qual eu só posso expressar o meu mais profundo e especial agradecimento e respeito não só pela revisão crítica do manuscrito, orientação, rigor científico, profissionalismo, lucidez, disciplina, ética, postura, saber jurídico, transmissão de valores morais e afínco que foram notas dominantes da sua orientação. Fico-lhe eternamente grato pela permanente disponibilidade; pelo brilhantismo de suas palavras de ânimo e inestimável apoio; e pelo estímulo à persistência. A todos os meus professores pela influência e maestria dos seus conhecimentos, cujas opiniões e ensinamentos marcarão para sempre a minha formação académica, pessoal e profissional por partilharem o saber jurídico, que contribuíram para minha formação e que não seriam aprendidos senão por eles.

O grande problema do nosso sistema democrático é que permite fazer coisas nada democráticas democraticamente.

José Saramago.¹

¹ *El Correo de Andalucía*, Sevilla, 11 de março de 2003.

Resumo

A presente dissertação tem por objetivo investigar o ativismo judicial numa nação democrática, com a exposição inicial da evolução e conceito da tripartição dos poderes, posteriormente uma análise da inconstitucionalidade por omissão traçando um paralelo com a função do legislador constituinte e analisando formas de correção dessas omissões, para chegar-se à reflexão da necessidade ou não do Poder Judiciário atuar como protagonista numa sociedade onde se visa a proteção aos direitos fundamentais em todas as suas espécies. O ativismo judicial se mostrou presente perante décadas de omissões dos poderes Executivo e Legislativo, e até mesmo quando estes exercem suas funções ordinárias, dividindo opiniões que muitas vezes consideram as intervenções excessivas, e em outras vezes a tratam como uma ferramenta de resguardo aos direitos fundamentais e à Carta Magna. Um Poder Judiciário forte e sólido dentro do estado democrático, não pode se omitir quando provocado, mesmo que se trate de omissão originariamente advinda do legislador constituinte. Dentre os três poderes, este é o defensor primário da Constituição Federal e dos direitos fundamentais, e não sendo atrelado à judicialização da política, tendo em vista a linha tênue entre a última e o ativismo judicial, é um garantidor essencial, como demonstrou ser em decisões imprescindíveis na última década, onde o legislador insistiu em permanecer na inércia. Diante de análises de decisões recentes dos Tribunais Superiores do Brasil, tem-se que o ativismo judicial é um fenômeno atual, que busca preencher as lacunas deixadas pelo legislador constituinte, contudo, ocupa um espaço questionável perante o princípio da tripartição de poderes e ausência de uma legitimidade de representação popular para tomada de decisões que influenciam toda a sociedade.

Palavras Chave:

Ativismo judicial. Separação dos poderes. Omissão constitucional. Direitos fundamentais. Representação democrática.

Abstract:

The present dissertation aims to investigate judicial activism in a democratic nation, with the initial presentation of the evolution and concept of the tripartition of powers, later analysis of unconstitutionality by omission, drawing a parallel with the function of the constituent legislator and analyzing ways of correcting these omissions, to reflect about the necessity or not of the Judiciary Power to act as protagonist in a society where the goal is to protect fundamental rights, in all its types. Judicial activism has been present in the face of decades of omissions by the Executive and Legislative powers, and even when they exercise their ordinary functions, sharing opinions that often consider excessive intervention, and at other times treat it as a tool to safeguard fundamental rights and to the Constitution. A strong and solid Judiciary within a democracy cannot be omitted when provoked, even if it is an omission originally from the constituent legislator. Among the three powers, this is the primary defender of the Federal Constitution and fundamental rights, and not being linked to the judicialization of politics, given the fine line between the latter and judicial activism, he is an essential guarantor, as he demonstrated to be in essential decisions in the last decade, where the legislator insisted on remaining inert. Because the analysis of recent decisions by the Superior Courts of Brazil, judicial activism is a current phenomenon, which seeks to fill in the gaps left by the constituent legislator, occupying a questionable space under the principle of the tripartition of powers and the absence of legitimacy popular representation, to make decisions that influence the whole society.

Key words:

Judicial activism. Separation of powers. Constitutional omission. Fundamental rights. Democratic representation.

Índice

Resumo	6
Abstract	7
Introdução	10
1. Teoria dos Três Poderes	12
1.1. Evolução histórica da Teoria dos Três Poderes	12
1.2. A teoria da separação dos poderes segundo Montesquieu	15
1.3. O Poder Judiciário	20
2. Inconstitucionalidade por omissão	22
2.1. O Poder Legislativo	22
2.2. Inconstitucionalidade por omissão: Considerações Históricas	23
2.3. Das omissões legislativas	27
2.4. Os deveres de atuação do legislador	29
2.4.1. O dever geral de legislar	30
2.4.2. O dever de proteção dos direitos fundamentais	32
2.4.3. O dever de adequação das leis vigentes	35
2.4.4. O dever de reposição da igualdade violada	37
2.5. Meios de reação perante omissões legislativas	40
2.5.1. Fiscalização preventiva da constitucionalidade	40
2.5.2. Fiscalização abstrata da constitucionalidade	42
2.5.3. Fiscalização concreta da constitucionalidade	45
3. Ativismo Judicial	48
3.1. Conceitos	48
3.2. O protagonismo do Poder Judiciário e o Ativismo Judicial	51
3.3. O Ativismo Judicial como interpretação constitucional	52
3.4. O Ativismo Judicial da Corte Norte Americana	56
3.4.1. O Ativismo Judicial Progressista	56
3.4.2. O Ativismo Judicial Conservador	61
4. Ativismo Judicial e a Garantia dos Direitos Fundamentais	64
4.1. Histórico e concepções: As dimensões dos Direitos	64
4.2. Tipos de Eficácia	69
4.3. Direitos Fundamentais em espécie	71
4.3.1. Direito à vida	72

4.3.2. Direito à liberdade	72
4.3.3. Direito à igualdade	74
4.3.4. Direito à segurança	75
4.3.5. Direito à propriedade	76
4.4. Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal e os Direitos Fundamentais	78
4.4.1. A judicialização da política	80
4.4.2. O Judiciário e os Direitos fundamentais	82
4.4.3. O Ativismo Judicial na defesa dos Direitos Fundamentais em espécie	83
4.5. O Ativismo Judicial e o Estado Democrático de Direito	90
Conclusão	94
Bibliografia	96

Introdução

O ativismo judicial é o centro de um debate acerca do devido exercício das funções e atribuições do Poder Judiciário, bem como sobre possíveis violações aos princípios reguladores da tripartição dos poderes.

É inegável que o ativismo judicial surgiu não como uma forma de exceder a função ordinária que compete ao Judiciário, mas sim como ferramenta para corrigir as omissões legislativas, que faz com que demandas judiciais roguem por posicionamentos que busquem sanar tais omissões, tanto do Poder Legislativo como do Poder Executivo, decorrentes de falhas em cumprir com os objetivos e mandamentos estabelecidos pela Constituição do país.

O questionamento das omissões inconstitucionais é um desdobramento recente no ordenamento jurídico, sendo fruto da inquietação popular perante a ausência de normas garantidoras de direitos fundamentais. Cabe ressaltar ainda que, mais recente ainda são as ações para reinvidicação de correção destas lacunas deixadas pelo legislador constituinte, que em muitos países, ainda nem foram disciplinadas.

O cidadão, de acordo com as normas tanto do Brasil como de Portugal, pode insurgir-se contra essas omissões, o que leva a consequente judicialização de demandas que buscam sanar as lacunas deixadas pelo constituinte originário, e diante desta provocação do Poder Judiciário, é irrazoável não vislumbrar a necessidade da posição deste, de forma a sanar eventuais lacunas.

A custódia dos direitos fundamentais é inegavelmente competência dos três poderes, sem subtração de um e repasse ao outro, sendo assim igualmente responsáveis. Entretanto, é perceptível através dos julgamentos dos Tribunais Superiores do Brasil, que o exercício do ativismo judicial pode ser considerado ao mesmo tempo primordial para o salvaguardo destes direitos, e também representar um risco para o próprio Estado Democrático de Direito.

Através deste trabalho, serão buscadas as respostas para algumas questões como: pode ser averiguada e combatida a inconstitucionalidade por omissão? O ativismo judicial é a melhor ferramenta para o combate à omissão legislativa? O ativismo judicial é um risco em potencial para a tripartição dos poderes ou um instrumento garantidor do estado democrático de direito? Quais as diferenças entre o ativismo judicial político e o estritamente jurídico? Os direitos fundamentais quando da omissão legislativa, devem ser protegidos através do ativismo judicial?

A investigação sobre todos os questionamentos levantados, fluem no sentido de ponderar os fins que se buscam com os meios que se utilizam. Por este motivo, é necessário aprofundar em todos estes aspectos que resultam na omissão, que por sua vez, dificulta a aplicabilidade e efetividade dos direitos fundamentais, que se corrige com atuação proativas, mas que também, coloca em risco os pilares da estrutura do estado democrático de direito.

CAPÍTULO 1

TEORIA DOS TRÊS PODERES

1.1 Evolução Histórica da Teoria dos Três Poderes

Com sua tese fundada desde a Antiguidade, a teoria de repartição dos poderes do Estado sofreu diversas mudanças e suscitou diferentes teses acerca de como o Estado deveria se portar em sua divisão, funções e responsabilidades. Foi a partir de Montesquieu, entretanto, que os poderes se efetivaram ao se dividirem em três e assumirem uma posição de destaque frente as demais separações anteriores, exemplo disso é seu uso recorrente nos dias atuais.

Ao constituírem a formação da República Federativa do Brasil, a referência ao filósofo é incontestável, contudo, é resultado de longos anos de discussão acerca de tal sistema e do seu natural aperfeiçoamento.

Antes de Montesquieu apresentar sua tese de formas de governo, Aristóteles, na Antiguidade Clássica, formulou com base na análise da sociedade grega vigente, a perspectiva de que existiriam três partes que compunham o governo, em que uma delas iria deliberar acerca do que compunha os negócios do Estado, outra que iria assumir uma forma executiva, e por último a que se encarregaria da jurisdição, sendo estes expressos da seguinte forma:

“Em todo governo, existem três poderes essenciais, cada um dos quais o legislador prudente deve acomodar da maneira mais conveniente. Quando estas três partes estão bem acomodadas, necessariamente o governo vai bem, e é das diferenças entre estas partes que provêm as suas.”²

Os Tribunais decidiam sobre as questões que envolviam o exame da conduta dos magistrados, as malversações financeiras, os crimes de Estado ou atentados contra a Constituição, as multas contra as pessoas públicas e privadas, os contratos, bem como questões criminais e relativas a estrangeiros, havendo ainda os juízes singulares para os casos mínimos.

Para Aristóteles é significativo que a concentração de poder e o monopólio do mesmo em uma só mão, acarretaria situações que poderiam resultar em grande perigo para a sociedade, e que o fato dele ser estratificado e distribuído poderia amenizar danos e consequentemente facilitar a gestão governamental.

Em seus estudos sobre as formas de governo, foi ele quem consolida que a monarquia, aristocracia e democracia são opções consideráveis, embora cada uma possa em

² ARISTÓTELES. **Política**. (Coleção: Obra prima de cada autor). 6ª ed. São Paulo: Martin Claret, 2005. p. 113.

certo momento mostrar formas impuras de governar, onde o interesse pessoal iria ascender em desfavorecimento ao bem comum (monarquia se converteria em tirania, aristocracia em oligarquia, e democracia em demagogia) de mesmo modo, com a separação de poderes, se ocorresse a concentração dele em um só representante, haveria possibilidade de sua conduta impura se sobressair.

Após Aristóteles, na sociedade da República Romana, Políbio se destacava representando primórdios de uma possível teoria sobre o quão necessário seria a cooperação entre diversas formas de um mesmo governo, onde sua união seria de forma sempre benéfica. Isso pressupõe uma continuação do pensamento que foi se fortificando ao longo dos anos e que consolidou uma forma de representação estatal.

De acordo com a Tese do Governo Misto de Políbio, o sucesso romano estava assentado nessa tripartição de poder, onde a cada poder estatal foram dadas uma atribuição peculiar e a possibilidade de vigilância sobre o outro. A composição das três formas de governo consiste no fato do rei estar sujeito ao controle do povo, que participa adequadamente do governo; este, por sua vez, é controlado pelo senado. Como o rei representa o princípio monárquico, o povo o princípio democrático e o senado o aristocrático, o resultado dessa combinação é uma nova forma de governo, que não coincide com as três formas simples retas – porque é composta -, nem com as três formas corrompidas – porque é reta.

“No século XIV, mais precisamente no ano de 1324, aparece a obra Defensor de Pacis, de Marsílio de Pádua, estabelecendo uma distinção entre o poder legislativo e o executivo. Essa distinção era baseada na existência de uma oposição entre o povo, que chamava de primeiro legislador, e o príncipe, a quem atribuía a função executiva, podendo-se também vislumbrar aí uma tentativa inicial de afirmação da soberania popular. No começo do século XVI, o Estado francês já havia dividido suas funções por três poderes distintos.”³

Constata-se que ao longo dos séculos o aparecimento da formulação de ideias que cercavam a menção de que, separadas, as funções que governavam, melhor se consolidavam e evoluíam. A distinção entre os poderes originou mais ainda essa necessidade como na obra supracitada de Marsílio de Pádua. Na França, observa-se segundo registros de Maquiavel, a presença do poder o parlamentar, que exercia a função legislativa; o Rei, encarregado da função executiva; e um Poder Judiciário independente, já repercutindo a priori certa divisão estatal para sua melhor organização e distribuição de atribuições.

No século XVII, surge como pensador que continuou a tese de separação estatal, John Locke, que prevê sob a sociedade inglesa de sua época uma descentralização que se

³ BOBBIO, Norberto - **A teoria das formas de governo**. Trad. de Sérgio Bath. 7ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1994. p. 70.

organizava mediante quatro funções, organizadas sob égide de dois órgãos de poder (parlamentar e o do Rei). Sua teoria é diferente da proposta de Montesquieu por não ter como objetivo principal e recorrente o equilíbrio, e sim uma relação de subordinação ao poder legislativo.

Segundo Armando Albuquerque⁴ em interpretação a John Locke,

“O legislativo e o executivo, portanto, são os dois poderes estabelecidos por Locke. Um terceiro poder que ele denominará de federativo constitui-se, na realidade, em parte do poder executivo e nada mais é do que “[...] o poder de guerra e de paz, de ligas e alianças, e todas as transações com todas as pessoas e comunidades estranhas à sociedade [...]”. Assim, o poder federativo nada mais é do que o poder que possui o governante, portanto, o executivo, de tratar das questões de ordem externa do Estado.”

Portanto, para Locke, o Estado se consolidava entre o Rei que acumularia três funções, a de execução da legislação e se necessário com o auxílio da força; a função federativa, que tratava das relações exteriores, caracterizando-se como o poder de fazer a guerra e a paz; e a função identificada como o poder de fazer o bem público sem se subordinar as regras, lembrando que ele ressaltava sua oposição ao absolutismo.

Contudo, o cerne do pensamento de Locke ao conduzir a separação de poderes fixa-se em atribuir uma teoria política baseada na liberdade do homem e seus direitos naturais, mas peca na formulação das garantias. Ele destaca sua teoria com base na Inglaterra de sua época, e formula, portanto, uma teoria lockeana da separação de poderes onde possui duas preocupações essenciais: por um lado, a de depositar em mãos distintas a prerrogativa da elaboração das leis e a prerrogativa da execução das mesmas; por outro, a de subordinar o poder executivo ao poder legislativo.

É interessante analisar que Locke constata que em sociedades civis mais simples, a voz do governante ressoa muito mais alto que as leis. Tal posicionamento decorre da análise de que no início dos governos, quando as comunidades poderiam ser identificadas por pequenos grupos familiares, o reduzido número de leis que as organizavam, justificava-se pela voz ativa dos governantes, sendo tal como pais para a comunidade, zelando-lhes o bem, consistindo quase todo em prerrogativas.

É importante ressaltar que vários acontecimentos já ecoavam para a redução do poder do monarca frente a um conselho, mais tarde evoluído para o parlamento que posteriormente é eleito pelos cidadãos, como exemplo a Magna Carta (1215) e que resultou no segundo exemplo, *Bill Of Rights* (1689), gerando um novo modo de pensar para a elaboração

⁴ ALBUQUERQUE, Armando. **A teoria lockeana da separação de poderes**. [Em linha] [Consult.21 dez de 2019] Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4129304d04cff4cb>.

de uma organização estatal que não só consiga suprir os papéis do Rei, como também constitua um ideal, uma evolução governamental.

Embora os pensamentos de Locke não façam parte do que se hoje é visto como o melhor na teoria de separação de poderes do Estado, a contribuição dele permitiu avanços que, somados às contribuições de Montesquieu, criaram uma linha de pensamentos que passa pela Grécia, Roma, França, Inglaterra, assumindo diversas formas e em diversos tempos, resultando nas composições estatais e governamentais atualmente reconhecidas.

1.2 A teoria de separação de poderes segundo Montesquieu

Em sua principal obra sobre a teoria de separação de poderes, denominada de “O espírito das Leis”, publicada em 1748, Montesquieu discorre sobre a liberdade política, e lá inicia o debate sobre uma nova forma de separação de poderes que em grande parte e em toda sua premissa, é recorrida para os dias atuais, além de ser usada em um campo abrangente do Direito, onde a jurisdição alcança os princípios e divergências da organização do Estado.

Ao escrever sobre a liberdade política, verifica-se em sua obra o entendimento que ela existiria em um governo moderado, onde um poder ou função controlasse as demais, de modo que também seria controlada por ela, pois, desse modo se evitaria o abuso e manter-se-iam os princípios da moderação governamental. Tal sistema de controle de um sobre o outro só seria viável se no cerne da organização houvesse uma divisão consistente entre os poderes e funções.

Seus princípios cercam a independência e harmonia entre tal sistema para que o mesmo não seja impedido sob forma de interferências ou conflitos entre os mesmos. A liberdade padeceria em virtude da união de todas as funções e poderes sob a luz de um só representante.

Tal pensamento demonstra o repúdio ao tiranismo, derivado de um absolutismo monárquico ou referente a outras formas de governo onde pouco se distribuíssem os encargos e responsabilidades, ressaltando que onde se acumulam funções, elas são deturpadas e unem-se a ponto de se influenciarem e se misturarem sem uma responsabilidade aparente. A preocupação de Montesquieu, se revela da seguinte forma:

“Quando na mesma pessoa, ou no mesmo corpo de magistrados, o poder legislativo se junta ao executivo, desaparece a liberdade; pode-se temer que o monarca ou o senado promulguem leis tirânicas, para aplicá-las tiranicamente. Não há liberdade se o poder judiciário não está separado do legislativo e do executivo. Se houvesse tal união com o legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria

arbitrário, já que o juiz seria ao mesmo tempo legislador. Se o judiciário se unisse com o executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. E tudo estaria perdido se a mesma pessoa, ou o mesmo corpo de nobres, de notáveis, ou de populares, exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de ordenar a execução das resoluções públicas e o de julgar os crimes e os conflitos dos cidadãos.”⁵

Portanto, a separação de poderes seria sinônimo de liberdade nas decisões, em suas promulgações, sem interferência de interesses pessoais e com um controle pacífico sobre a tirania, que é impedida pela vigilância de outros poderes e no fato de nenhum deles serem responsáveis pelo todo e sim por partes que, em harmonia e independência deliberam sobre o governo e vigiam entre si.

Além de delimitar o preceito e atividade de cada uma, Montesquieu atribui também as faculdades de estatuir e de impedir, visando coibir abusos ou tiranias. Contudo, tal faculdade não se aplicaria ao Poder Judiciário, pois segundo Montesquieu não é essencialmente político.

Dessa forma, firmava-se o sistema de freios e contrapesos que se alinhavam as ideias de Montesquieu, assumindo um compromisso e um elo entre os poderes políticos que resultassem no corpo democrático de incumbir uma administração estatal.

Tal característica da teoria de Montesquieu é um modo de agir perante os limites que um poder pode assumir e assim os delimitando. Desta forma, este é um dos fatores que fazem sua teoria evoluir enormemente em relação aos pensamentos mais antigos que o dele.

Para que não se possa abusar do poder, é preciso pela disposição das coisas, que o poder contenha o poder. Uma constituição pode ser feita de tal forma, que ninguém será constrangido a praticar coisas que a lei não obriga, e a não fazer aquelas que a lei permite. Tal liberdade ensinaria “um movimento natural das coisas, uma mão invisível, apta a proporcionar, necessária e independentemente de qualquer poder superior de autoridade, a garantia da própria liberdade e a indução da harmonia e da concórdia”⁶

Dito isso, constata-se que a responsabilidade deve prevalecer no intuito de proporcionar a liberdade e impedir o abuso.

Entretanto, é necessário ressaltar que ainda que Locke e Montesquieu tenham visões comuns, há também diferenças fundamentais apostadas por Raymond⁷:

“O objetivo de Locke é limitar o poder real, mostrar que se o monarca ultrapassa certos limites ou desrespeita determinadas obrigações, o povo, fonte verdadeira da soberania, tem o direito de reagir. A ideia essencial de Montesquieu, porém, não é a separação de poderes no sentido jurídico, mas o que se poderia chamar de equilíbrio dos poderes sociais, condição da liberdade política.”

⁵ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **Do espírito das leis**. V.2. São Paulo: Nova Cultural, 2000. p. 205.

⁶ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha - **O Tribunal Constitucional como poder: uma nova teoria da divisão dos poderes**. São Paulo: Memória Jurídica, 2002. p. 60.

⁷ ARON, Raymond - **As etapas do pensamento sociológico**. 2ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.23.

Enquanto Locke se preocupa com as liberdades e natureza humana sem se concentrar na efetivação das mesmas, Montesquieu ressalta uma harmonia que conseqüentemente auxilia e produz muitos dos efeitos desejados por Locke, sendo assim, reconhece-se maior efetividade no posicionamento de Montesquieu, que visualizou a conquista da liberdade, por intermédio de um conjunto de ações necessárias para sua garantia. Desta forma, segundo entendimento de Luís Gustavo Mello Grohmann⁸:

“Montesquieu foi mais perspicaz em sua teoria. Por ter em vista basicamente a liberdade política — que para ele é a conjunção da liberdade oferecida pela lei (segundo a qual ninguém deve fazer o que a lei proíbe ou ser constrangido a fazer o que a lei não determina) com a tranqüilidade de espírito que o cidadão tem sobre sua segurança pessoal — propôs categoricamente a separação de poderes. É novamente a natureza humana, que ele considera predisposta a abusar dos poderes de que porventura disponha, que está na base da justificativa da separação dos poderes. Somente o poder tem força para barrar o poder. A ideia fundamental é que um poder tenha a capacidade de barrar ao outro de modo a forçar um acordo, e vice-versa, criando a moderação nas decisões.”

Em relação ao exposto, o sistema de freios e contrapesos, significa conter os abusos de poder visando a manutenção de certo equilíbrio. Por exemplo, o judiciário, ao declarar inconstitucionalidade de uma lei é um freio ao ato legislativo que poderia conter uma arbitrariedade, ao ponto que o contrapeso é que todos os poderes possuem funções distintas, fazendo assim com que não haja uma hierarquia entre eles, tornando-os poderes harmônicos e independentes.

Toda a inspiração ao consolidar ideias de tripartição e freios e contrapesos, se fez presente por conta de uma união de fatores, como o absolutismo de Luís XIV na França, que marcou sua geração e a crescente vertente do Iluminismo, assim como obras as obras “A política” de Aristóteles e “Segundo Tratado de Governo Civil” de Locke, que difundiram este novo modelo de organização dos poderes.

A expectativa suscitada pela tripartição de poderes fez com que projeções sobre sua garantia fossem ampliadas, ou seja, esperava-se um governo com maior eficiência e garantia de direitos.

Contudo, questionava-se que a separação dos poderes existia como um cenário, donde os argumentos da democracia e liberdade individual faziam parte, todavia, a estrutura estabelecida deixava muito a desejar no plano da eficácia, pois faltava a coordenação necessária entre os poderes.

Ou seja, a crise perante a falta de eficácia se fez presente em um momento onde esperava-se muito do sistema que acabava com toda a visão de Estado presente até aquele

⁸ GROHMANN, Luís Gustavo Mello. **A separação de poderes em países presidencialistas: A América Latina em Perspectiva Comparada**. Revista de Sociologia e Política nº 17: Curitiba. Nov. 2001. p. 78.

momento. Fato é, que foi preciso uma revisão e reformulação da teoria de separação de poderes como forma de fazer as funções estatais colaborarem entre si, e não se comportarem de forma integralmente separada.

A complexidade de uma sociedade que ascendeu no século XX não acompanhou a garantia de liberdade da separação de poderes que se viu prejudicada ao constatar que muitos poderes se sobressaíam conforme tal corpo social se desenvolvia, e assim restava prejudicada a harmonia desejada.

Tal crise fez com que as estruturas que visavam a esperança no combate contra a tirania fossem abaladas, o povo demonstrava inquietude em achar que tal tripartição assumia apenas um cenário para uma falsa democracia, pois sua eficácia era um ponto sensível que demorava não funcionar perante a sociedade.

A saída foi uma materialização da divisão por meio da independência orgânica e da harmonia entre os órgãos legislativo, executivo e judiciário, especialmente nos sistemas presidencialistas.

Montesquieu, entretanto, já previra uma certa paralização frente a tripartição de poderes, relacionada a um aspecto interno entre seus integrantes que poderiam de certa forma resultar em crise entre os poderes.

Para ele, embora uma crise fosse prevista, deveria computar-se como um detalhe que alavancou ainda mais a necessidade do acordo entre os poderes que ali deveriam estar perante o bem comum, acordados e separados, mas sempre harmônicos entre si.

Com isso, mais uma vez Montesquieu discorre sobre os controles estabelecidos para que um poder contenha o outro, sendo primeiramente o veto do Executivo sobre o Legislativo, e este, por não possuir uma capacidade de veto contra o executivo teria o direito de punir integrantes do outro. Contudo, existiriam julgamentos especiais para que os poderes pudessem continuar seu encargo sem subordinação de vontade com abuso de poder. Seriam esses iniciados pela Câmara dos plebeus, incitando assim a possuírem uma ordem afim de evitar uma eventual paralisia.

Nesse sentido, Montesquieu notou que uma suposta paralisia decisória poderia resultar da separação de poderes, contudo, tal hipótese não foi um problema, mas sim um incentivo para forçar o acordo entre os poderes, concorrendo para a produção de políticas moderadas, conducentes à liberdade política.

A partir daí o filósofo aprimorou a separação de poderes incluindo o judiciário no dever e ideia de limitação mútua. Os Federalistas, por fim surgem com modo de aprimorar as ideias de separação de poderes e integrar mais uma fase de evolução dessa ideia, ademais,

colaboraram para instituir o primeiro sistema de governo republicano baseado na separação de poderes.

A partir deste momento, a separação de poderes trouxe um novo enfoque, o problema de ocupação do titular que exerce o poder e quais garantias o mesmo teria. Nesse sentido, iniciou-se uma preocupação em não permitir que determinados grupos considerados maioria não fossem capazes de exterminar minorias por meio de políticas voltadas a atender interesses escusos.

Tal crítica serve como base para delinear uma noção humana aos cargos que constituem os poderes, a preocupação com minorias é um quesito que precisa de forte modo entrar em tal questão, e a preocupação nas ambições, poderes e abusos precisa ser considerada quando o assunto permeia a política e a ocupação de cargos que influenciem o corpo social. É a partir dessa análise inicial que se esclarece posteriormente sobre a justificativa do legislativo estar disposto sob duas câmaras como ocorre na República Federativa do Brasil, bem como em outros países – por ser muito forte é necessário dividi-lo para igualar-se ao executivo, considerado fraco, segundo ele tanto quanto o judiciário.

No aprofundamento ao setor judiciário, é notório que Locke não salienta muito acerca de um poder que ele o inclui no executivo, e Montesquieu embora considere sua função, ainda o atrela apenas a letra da lei, isso condiz com uma relação tímida de desmistificar os poderes que o judiciário poderia realçar na questão da separação de poderes.

As doutrinas de Locke e Montesquieu, bem demonstram que a base teórica da separação dos poderes, não mais se coaduna às profundas mutações de natureza inter e intra-orgânica que se operaram na estrutura política do poder. A começar pela própria produção normativa, que, numa fase pós-positivista, sofreu um profundo realinhamento com o reconhecimento do caráter normativo dos princípios jurídicos, o que, como se verificará, em muito enfraqueceu a responsabilidade normativa do Poder Legislativo, pulverizando-a entre os demais poderes. Nesse particular, foram profundas as modificações operadas no Poder Judiciário.

Ressalta-se que o sistema adotado por Montesquieu não deixou de sofrer modificações e evoluções, sendo que a sua interpretação se altera de acordo com o sistema de governo adotado e o período vigente.

Ainda que o sistema tenha sofrido críticas no decorrer do tempo, como ferir a indivisibilidade da soberania, por não identificar o titular desta; gerar instabilidade política ou até mesmo romper com a unidade orgânica do Estado, é notório afirmar que o princípio da

separação de poderes triunfou em limitar o poder do Estado e garantir a participação das diversas forças estatais na organização estatal.

Desta forma, a concepção de limitação do estado trouxe uma perspectiva de que o povo seria o detentor e destinatário final de todas as atividades estatais que visam o bem-estar da população, ressaltando que a soberania seria exercida em nome deste, de forma direta ou indireta.

1.3 O Poder Judiciário

O Poder Judiciário, ao lado do Poder Executivo e do Poder Legislativo, forma a tríade criada por Montesquieu. A ele compete em tese, a defesa da Constituição, a solução de conflitos públicos e privados, bem como o controle dos outros poderes nos termos eleitos pela Constituição. A função jurisdicional a partir da sua característica de definitividade, aplica o direito ao caso concreto, perante situações cotidianas, substituindo a vontade dos litigantes, e, em sede de controle abstrato, controla a constitucionalidade das normas.

Cabe ressaltar que a atuação do Poder Judiciário não se desassocia da Constituição e nem das leis, pelo contrário, o Judiciário detém a função de guardião dos dispositivos constitucionais e da sua devida aplicabilidade e efetivação.

O processo é o instrumento para o exercício da jurisdição, sendo que se deve respeitar uma série de regras e condições para o seu exercício. Tais regras foram criadas para viabilizar a independência e a imparcialidade dos julgadores.

Segundo entendimento de Baracho⁹,

“A função jurisdicional coloca os juízes unicamente submetidos à lei. A independência judicial, em qualquer de seus aspectos, tem como destinatário o juiz, como administrador da justiça, que exercendo o poder jurisdicional ou a função jurisdicional, aplica a norma ao caso concreto, condição básica da imparcialidade judicial, que vai orientar a objetividade da sentença, constituindo uma garantia essencial para os jurisdicionados.”

Neste contexto, sabendo que a função jurisdicional é exercida por magistrados nomeados que devem obediência às leis, existe uma questão relevante a ser refletida, que é a legitimação democrática dos juízes.

No direito comparados, existem diversos métodos de seleção de magistrados, sendo que deles se destacam três modelos, sendo eles o empírico-primitivo, caracterizado pela

⁹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito Processual Constitucional. Aspectos Contemporâneos**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 216.

inexistência de concurso público, ou seja, sem a observância de critérios técnicos e distante de discussões jurídicas prévias; o modelo tecno-burocrático, caracterizado pela seleção via concurso público, tendo como principal característica uma preocupação com o funcionamento institucional e distanciado das desigualdades sociais ou com a democracia substancial; e por fim, o modelo democrático contemporâneo, caracterizado pela seleção de juízes por aspectos técnicos que visem a consolidação da independência do Poder Judiciário.

No Brasil vigora, o modelo tecno-burocrático, tendo em vista que nos termos do artigo 93, I, da Constituição de 1988, adotou o método da nomeação por aprovação em concurso público. Contudo, é necessário ressaltar que a composição do Supremo Tribunal Federal não exige indicações restritas à aprovação em concurso público, nos termos do artigo 101, da Constituição de 1988, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada, sendo que estes, nos termos do parágrafo único da Constituição, serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

Portanto, pode-se dizer que o Poder Judiciário Brasileiro adota dois modelos distintos aos órgãos de sua estrutura, que justificam características suas distintas características de atuações.

De qualquer forma, independentemente do modelo adotado pelo país, é perceptível a ausência de legitimação democrática representativa, por parte do Poder Judiciário, que não teve seus magistrados eleitos diretamente pelo povo. A legitimação dos magistrados se dá de forma legal, residindo sua vinculação à lei e à Constituição, distanciada da vontade popular.

A partir desta reflexão, é necessário observar e destacar quais são os limites de atuação do Poder sem legitimação democrática representativa, até mesmo perante a omissão do Poder Legislativo, que deixa de regulamentar e por consequência, atender demandas que envolvam direitos fundamentais.

CAPÍTULO 2

INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

2.1 O Poder Legislativo

O termo latino *parlamentum* significava um conjunto de pessoas que se reuniam para conversar, debater sobre determinado assunto. Tal expressão passou a significar “assembleia política”, sendo este um local onde os mandamentos dos reis e dos nobres eram lidos, e dado a eles a devida publicidade.

O Poder Legislativo ou o Parlamento Contemporâneo tem sua progênie histórica na Inglaterra de 1215, momento em que a nobreza feudal inglesa, querendo dificultar o processo de centralização política, impôs ao Rei João Sem-Terra a Magna Carta.

Cabe ressaltar que nesta época, o parlamento se comportava como um mero consultor do Rei, sendo que, apenas no século XIV é que o parlamento inglês recebeu a função de legislar.

Cabe destacar que com o objetivo de combater a concentração de poder nos Estados Absolutistas, se desenvolveu na Inglaterra do século XVII (1640 -1689), um processo revolucionário liberal que resultou na Revolução Gloriosa, instituindo assim a primeira Monarquia Constitucional Parlamentarista, lançando as bases da filosofia liberal iluminista que se consolida na França do século XVIII.

As revoluções burguesas, das quais a francesa e a americana podem melhor servirem de exemplo, foram fundamentais para definir novos padrões da interferência estatal na esfera privada, bem como garantir a participação e influência da classe vencedora nas decisões do novo Estado nascente.

Assim, coube ao Parlamento a função de representar os componentes da comunidade, que ali se reuniam para decidir sobre os caminhos que a sociedade deveria tomar. Nesse sentido, verifica-se o aspecto democrático que surgia em decorrência da escolha da maioria.

Após décadas de aperfeiçoamento do Poder Legislativo na tripartição dos poderes, é possível notar que o tal poder não deve se limitar ao poder de legislar, devendo atuar como verdadeiro fórum de expressão das ideias dirigidas pelos cidadãos, possibilitando que diversas regiões do país possam ser ouvidas no plano nacional, e sua vontade manifestada, analisada, votada e por fim, concretizada.

A representação efetiva é dificultada quando a sociedade é composta de massas multifacetárias, ou seja, quando em decorrência da sua origem, raças, credos e religiões, coexistem vários posicionamentos diversos sobre os mais variados temas sociais. Somado a este fator, existe ainda os representantes que de forma proposital se omitem em legislar em prol dos interesses do povo, visando atender seus interesses pessoais.

Assim sendo, é comum que o Poder Legislativo de uma forma geral, se ocupe de outras funções, como a de fiscalização do Poder Executivo, em detrimento do seu dever de legislar, deixando assim de atender as demandas da população, resultando em omissões que desamparam o indivíduo do exercício de seu direito fundamental.

2.2 **Inconstitucionalidade por Omissão: Considerações Históricas**

O acontecimento da omissão legislativa inconstitucional ocorreu em escala mundial relativamente recente. Em 1911, Kelsen, não admitia na composição de um dever do Estado editar norma estabelecida, dessa forma, inviabilizando a probabilidade de formular-se qualquer demanda em face do legislador omissor. Essa perspectiva passou a ser aceita na doutrina somente 1951.¹⁰

As ferramentas que sanavam a inconstitucionalidade por omissão já existiam no meio jurídico quando foi ratificada pela Constituição da República Portuguesa de 1975 e em 1988 pela Constituição Federal Brasileira. O professor Jorge Miranda expõe de forma clara e objetiva este fenômeno quando diz que este “corresponde a um fenômeno jurídico ligado à estrutura de determinadas normas constitucionais dirigidas ao Legislador, o qual pode surgir à face de qualquer Lei Fundamental”.¹¹

Deve-se observar, no entanto, que a importância desse dispositivo se manifestará de acordo com sistema político vislumbrado na Constituição de cada país. Mostra-se que nas Constituições liberais do século XIX, a importância deste instituto não era evidenciada, ainda que fosse encontrado com certa regularidade. Entretanto, independentemente do sistema jurídico-constitucional que se consolidasse nos ordenamentos jurídicos do século XX, as

¹⁰ PINHO, Rodrigo César Rebello. **Da Organização do Estado, dos Poderes e Histórico das Constituições**. São Paulo: Saraiva, 2002, pág. 147.

¹¹ MIRANDA, Jorge. *apud*. ABREU, Joana Rita de Sousa Covelo de. **Inconstitucionalidade por omissão e ação por incumprimento: a inércia do legislador e suas consequências**. Lisboa: Editorial Juruá, 2011. p. 90.

Constituições evidenciavam certa ascendência a normas do tipo programática, desta forma a figura da inconstitucionalidade por omissão ganhou um significado diferente.

Verifica-se assim que a hegemonia dessa figura está diretamente ligada ao motivo da mesma “se situar nas fronteiras da liberdade de decretação que é apanágio do poder legislativo e do dever a que está sujeito, em alguns casos”.¹² Todavia, os doutrinadores já expunham uma imperfeição nesta norma que poderia danificar sua efetividade, ressaltando que a eficácia dos resultados desta fiscalização deveriam se colocar muito mais no domínio do político do que do jurídico.

A primeira Constituição a ratificar explicitamente um mecanismo de controle da inconstitucionalidade por omissão foi a Constituição Jugoslava de 1974, exposto em seu artigo 377º. Em 1976 os portugueses seguiram o exemplo, na feitura de sua Constituição, contemplaram no artigo 279º uma ferramenta de fiscalização de inconstitucionalidade por omissão, trazendo atualmente em seu artigo 283º, com a seguinte redação:

“Artigo 283.º Inconstitucionalidade por omissão

1. A requerimento do Presidente da República, do Provedor de Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autónomas, dos presidentes das Assembleias Legislativas das regiões autónomas, o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais.
2. Quando o Tribunal Constitucional verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente.”¹³

A Constituição brasileira de 1988 carrega influência do texto Português, trazendo em seu artigo 103, §2º esta ferramenta de fiscalização, veja:

“Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:
§ 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.”¹⁴

A Constituição Federal brasileira de 1988, para reparar a inconstitucionalidade por omissão, incluiu em seu ordenamento jurídico dois institutos, até então, inexistentes nas Constituições anteriores, sendo eles, o mandado de injunção, que se encontra disposto no artigo 5º, inciso LXXI da Constituição Federal de 1988 e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, transcrita no artigo 103, § 2º da mesma Constituição. Todavia, como bem evidenciou

¹² *Idem. Op. Cit.* p. 91.

¹³ PORTUGAL. Constituição (1976) VII Revisão Constitucional 2005. **Constituição da República Portuguesa**. Lisboa, 1976. [Em linha] [Consult. 16 abril 2019]. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>.

¹⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. [Em linha] [Consult. 16 abril 2019]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

o Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes, relator da ação direta de inconstitucionalidade por omissão nº 3682-3/MT (DJ 06.09.2007)¹⁵, em virtude da inexistência de estudos cautelosos e reflexões profundas sobre a ‘teoria da omissão inconstitucional’, as ferramentas de cessação das omissões inconstitucionais criadas pelo legislador constituinte brasileiro produziram inseguranças e perplexidades, que somente agora estão sendo solucionadas pelos estudiosos do Direito.

É importante ressaltar que, mesmo tendo sido utilizado pouco no Brasil, até o início de 2007 foram pouco menos de 100 ações diretas de inconstitucionalidade por omissão e 750 mandados de injunção, propostos no Supremo Tribunal Federal. Essas ferramentas têm ganhado nos últimos tempos, muita relevância, não simplesmente para as lides individuais, mas também para a consubstanciação de normas constitucionais como um todo.¹⁶

De acordo com a atual interpretação do Supremo Tribunal Federal, as decisões proferidas em sede de mandado de injunção e ação direta de inconstitucionalidade por omissão apresentariam efeitos diferentes. A ação direta de inconstitucionalidade por omissão permaneceria com efeitos não concretos. O mandado de injunção teria efeitos concretos, individual ou geral, sendo que este dependerá da preservação de posicionamento do Supremo Tribunal Federal nas decisões posteriores, tendo em vista a ausência de seu efeito vinculante.

Na seara portuguesa, destaca-se que todas as Constituições foram compostas por normas programáticas e preceptivas, que eram suscetíveis de gerarem episódios de omissão legislativa, sendo que só a Constituição de 1975 tinha um dispositivo capaz de averiguar essas inconstitucionalidades.

Posteriormente, na Constituição Portuguesa de 1822 ficou evidenciada a um conjunto de princípios constitucionais que dependiam de outras normas jurídicas para que tivessem total efetividade. Mesmo que não houvessem leis escritas que visassem o controle de inconstitucionalidade, no início de cada sessão era feito uma apuração sobre a execução dos preceitos constitucionais, momento este em que se analisava a não efetivação de normas que demandavam mais atenção da Corte, além das infrações positivas que já eram de costume.

Já a Constituição de 1838 trazia em seu artigo 13º, n. 01, normas que tratavam sobre a liberdade de imprensa e seus abusos. Há de notar que nas Constituições do século XIX,

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão 3.682-3/MT**, Relator: Ministro Gilmar Mendes. Tribunal do Pleno, Brasília, DF, 09 de maio de 2007. Publicado no Diário de Justiça 06 de setembro de 2007.

¹⁶ *Idem* – ***Ibidem***.

mesmo ainda sendo corriqueiro a inconstitucionalidade por omissão, já haviam princípios que davam suporte para que este fosse sanado.

Na Constituição de 1911 essas normas poderiam ser encontradas no artigo 31º, n. 03, onde o texto discorria sobre o uso do *habeas corpus*. No entanto o caso que mais chama a atenção por sua singularidade, é a Constituição de 1933, pois essa se baseava no regime político da época, quando notou-se que leis relacionadas aos decretos legislativos passaram a ser do tipo programáticas, exigindo que o legislador ordinário sempre intervisse no momento da feitura, dando aplicabilidade e efetividade a norma constitucional.

A Constituição da República Portuguesa de 1976, em vigor até o presente momento, mesmo tendo sido sujeito a revisões, também traz consigo normas que necessitam de intervenção legislativa. Gomes Canotilho revela que o Pacto Social é “um dos documentos constitucionais em que se faz um esforço mais sério para captar a importância da ‘inércia legiferante’, e, em geral, das ‘omissões inconstitucionais’, na problemática da força normativa da Constituição”.¹⁷

Desta forma, a Constituição portuguesa conferia autoridade ao Conselho de Revolução como seus guardiões, sendo estes competentes para cuidar das medidas legislativas necessárias e caso houvesse alguma inobservância, recomendar aos órgãos competentes uma nova regulamentação em tempo hábil.

O Conselho de Revolução também tentou apresentar uma proposta que previa que se as recomendações desse não fossem cumpridas, o mesmo poderia requisitar ao Presidente da República que fixasse um prazo para que as mesmas fossem atendidas. Caso os determinados órgãos legislativos se omitissem de adotar as recomendações ou o prazo fixado decorresse, o Conselho de Revolução poderia então substituir o órgão legislativo e emitir as recomendações feitas.

Entretanto, por falta de apoio partidário, esta solução não prosperou. O temor era que o poder legislativo se concentraria nas mãos de apenas um órgão e este se voltar contra o Estado democrático de direito que pretendia-se criar. Assim sendo, permaneceu então, a regra de que o Conselho de Revolução só poderá exprimir recomendações quando confrontado com omissões legislativas, como estava disposto no antigo artigo 279º da CRP. Com a revisão constitucional de 1982, a ligação profunda do Conselho de Revolução e a Comissão Constitucional com a fiscalização da constitucionalidade foram totalmente alterados. Esta revisão extinguiu esses órgãos, por conseguinte criando o Tribunal Constitucional. Miranda

¹⁷ CANOTILHO, Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador – contribuição para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. 2ª. ed. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 218

relata que a fiscalização, que a princípio foi considerada essencialmente mais política do que jurídica, passaria à ser, a partir daquele momento, exclusivamente jurídica.¹⁸

2.3 Das Omissões Legislativas

No direito brasileiro, como é sabido, cabe à Constituição Federal regularizar o alicerce das normas de um Estado, principalmente no tocante a estruturação, delimitação dos poderes e organização. Outras leis mais simples como as normas infraconstitucionais, são de competência de outras disciplinas, que regulamentam dispositivos constitucionais, levando em consideração a Carta Magna. A cessação ou constatação da existência de uma omissão inconstitucional por parte do legislador tem a finalidade de manter segura a validade da lei maior, assim como o princípio da força normativa da Constituição.

Nesse sentido o Ministro do Supremo Tribunal Federal do Brasil, Celso de Mello expôs que:

“Impende enfatizar, neste ponto, que as omissões inconstitucionais do Poder Legislativo não podem ser toleradas, eis que o desprestígio da Constituição - resultante da inércia de órgãos meramente constituídos - representa um dos mais tormentosos aspectos do processo de desvalorização funcional da Lei Fundamental da República, ao mesmo tempo em que estimula, gravemente, a erosão da consciência constitucional, evidenciando, desse modo, o inaceitável desprezo dos direitos básicos e das liberdades públicas pelos Poderes do Estado.”¹⁹

Este tipo de omissão ocorre quando uma lei constitucional deixa de ter efetividade defronte à escassez da legislação regulamentadora, quando a ineficácia da norma constitucional acontece em razão da execução imperfeita ou precária do dever de legislar ou uma omissão absoluta, quando a incapacidade da norma constitucional ocorre em virtude da total inexistência de normas.²⁰

O inconveniente das omissões constitucionalmente relevantes não é um fenômeno que só possa ser atribuído ao legislador, na medida em que poderá se observar uma infringência passiva da constituição por parte de certo órgão da função pública. Concomitantemente, há de se levar em consideração que a inconstitucionalidade por omissão não poderá ser examinada apenas pelos tribunais, já que esta atribuição é conferida também ao Presidente da República,

¹⁸ MIRANDA, Jorge. **Inconstitucionalidade por omissão e o Provedor de Justiça**. In: Provedor de Justiça, 2º Aniversário, Sessão Comemorativa na Assembleia da República, 1995. p. 04.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 715**, Relator: Ministro Celso de Mello. Tribunal Pleno, Brasília, DF, 25 de fevereiro de 2005.

²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, pág. 306.

tendo em vista seu compromisso juramentado na sua posse, de cumprir e fazer cumprir a Constituição.

Atualmente, de acordo com as normas vigorantes tanto em Portugal como no Brasil, verifica-se que os cidadãos são dotados do direito de opor-se contra as omissões legislativas, sendo que podem usar o seu direito de petição diante dos órgãos de soberania para resguardar os seus direitos e a própria Constituição, como está disposto no artigo 52º, n. 1, da CRP, bem como pela previsão de remédios constitucionais na Constituição Brasileira. Cabe ressaltar que em Portugal, os particulares estão ainda guarnecidos do direito de apresentarem queixa por omissão dos poderes públicos perante o provisor da justiça, prescrito no artigo 23º, n. 01, da CRP.

Assim sendo, verifica-se que aqueles que precisariam estar munidos do direito de iniciativa legislativa juntamente a assembleia da república, poderiam potencializar uma diminuição nas omissões legislativas.

A inércia legislativa ou a inexistência de normas jurídicas para endireitar qualquer matéria, não gera como efeito somente a omissão legislativa, mostra-se também como uma situação em que, sendo possível que se atuasse num determinado sentido, não houve a concretização de nenhum ato. Jorge Pereira expõe que a omissão é caracterizada por uma conduta que, apesar de ser passiva, não é de modo algum neutro, acarretando consequências de naturezas diversas, de acordo com a seara do ordenamento jurídico em que se tenha apresentado, com o dever de agir transgredido com sua natureza intencional ou não intencional.²¹

Desta maneira, nota-se que a omissão legislativa estabelece uma ligação com a dimensão material, que trata da inércia do legislador e a dimensão formal, que mostra o rompimento no dever de atuação. Todavia, é possível acrescentar que na concepção de omissão legislativa, ainda pode ser englobada uma terceira dimensão, mesmo que de forma implícita, sendo esta a dimensão volitiva, que ocorre quando o sujeito tem plena capacidade de praticar o ato e não o realizou, sendo válido ressaltar que deve ocorrer em uma situação de perfeita atuação, pois estes sujeitos não podem realizar atos impossíveis ou irresponsáveis do ponto de vista social ou político.

Nesse sentido, assim como no direito privado, as obrigações do conteúdo impossível não devem vincular o legislador, compelindo-o a fazer opções legislativas impossíveis de concretizar ou irresponsáveis do ponto de vista político.

²¹ SILVA, Jorge Pereira da. **Dever de Legislar e Proteção Jurisdicional contra Omissões Legislativas**. Lisboa: Universidade Católica, 2003. p. 11.

Desta forma, mesmo que o dever de legislar seja uma função decorrente de texto constitucional, não se pode afirmar que se está diante de uma omissão legislativa que é constitucionalmente relevante se a abordagem legislativa daquele assunto não é cabível ao legislador naquele momento, seja por questões políticas ou sociais. A inconstitucionalidade por omissão torna-se importante, por um lado, quando é consequência de uma inobservância das obrigações constitucionais por parte do legislador e, por outro lado, quanto ao resultado objetivo produzido na ordem jurídica.

Para estabelecer-se a figura de uma omissão legislativa é obrigatório que haja um juízo de censura voltado ao legislador, em seu *modus operandi*, tendo em vista a análise técnica da situação, por sua vez, esta deverá existir se o legislador não tiver atuado como esperado, deixando de cumprir com a sua função.

Nesse sentido, é possível constatar que as omissões legislativas se concluem também como antijurídicas, tendo em vista que de acordo com a seara jurídica em que a omissão será apreciada, além de confirmar um ato ilegítimo do legislador na omissão, dará início a uma inconstitucionalidade por omissão quando a análise for da fiscalização jurisdicional da constitucionalidade, em centro dos reflexos da apuração da sua responsabilidade civil ao caso concreto.

À medida que se julga as omissões legislativas na seara de fiscalização da inconstitucionalidade de leis, compreende-se que o que se mostra de forma eficaz, é um contexto expressamente apontado no ordenamento jurídico em decorrência do proceder omissivo. No momento que se pondera sobre a omissão legislativa para verificar a responsabilidade civil do Estado-legislador, deverá se ater à atuação do legislador a si mesma, tornando-se imprescindível a censura subjetiva e objetiva dessa atuação, até mesmo sua intencionalidade ou não intencionalidade.

2.4. Os deveres de atuação do Legislador

Ainda que alguns doutrinadores entendam que o dever de legislar se configura, todas as vezes em que a própria Constituição estabelece imposições constitucionais legiferantes, ou seja, normas que, de forma permanente e concreta vinculariam o legislador à adoção de medidas legislativas que concretizem a razão Constitucional, cabe ressaltar e discorrer acerca das formas que essas imposições foram feitas ao legislador pelo texto constitucional, dividindo em: dever geral de legislar; o dever de proteção dos direitos

fundamentais; o dever de adequação das leis vigentes, e por fim, o dever de reposição da igualdade violada.

2.4.1 O dever geral de legislar

Esse tem cunho geral, como já é descrito em sua nomenclatura, recaindo sobre vários órgãos legislativos. Entretanto, esta é uma obrigação complementada por várias imposições que dele transcorrem. A doutrina discute que este dever geral de legislar está embaraçado com a competência legislativa que se reparte entre as Assembleias Legislativas Regionais e a Assembleia da República, ou, nos termos da Constituição Brasileira, Assembleias Legislativas e Congresso Nacional, ainda que, a Constituição estabeleça a competência legislativa repartida, concomitantemente nestas, acha-se tanto normas programáticas como normas preceptivas, que por si só não são exequíveis.

Como já dito anteriormente, a Constituição é formada por leis de consumação que ficam subordinados a uma atuação legislativa, como por exemplo, os artigos 1º e 2º da CRP, onde ficam determinadas teleologias abstratas e gerais, que só são atingidas por meio de uma atuação legislativa qualificada.

As disposições constitucionais, classificadas de ‘normas-fim do Estado’, constituem uma subcategoria das denominadas normas programáticas, apresentando assim maior grau de indeterminação ou generalidade. Nesse sentido, quando encontram admissão constitucional, estes fins esperam que os órgãos dotados de competência legislativa atuem. Canotilho informa que “sempre que a Constituição estabelece normas com fins programadas [...] entende-se ser um dever constitucional do legislador otimizar os fins”²², mesmo que seja combinado que o legislador tem a liberdade de adotar as medidas que conceber conveniente para seguir os moldes da Constituição.

Jorge Pereira salienta que o dever geral de legislar ainda se enquadra “predominantemente no campo político-constitucional, enquanto os deveres específicos de legislar se situam já no campo jurídico-constitucional”²³.

²² CANOTILHO, Gomes. **A concretização da Constituição pelo legislador e pelo Tribunal Constitucional**. In: Nos dez anos da Constituição. Lisboa, 1986. p. 357.

²³ SILVA, Jorge Pereira da. **Dever de Legislar e Proteção Jurisdicional contra Omissões Legislativas**. Lisboa: Universidade Católica, 2003. p. 22 – 23.

Diante dessa situação, é plausível dizer que o não cumprimento do dever geral de legislar requer uma reprimenda no plano do contraditório democrático e político, dispondo que a sua negligência, ainda que de maneira política, deverá ser enfrentada e sanada. Não obstante, sempre que as obrigações legislativas são descumpridas, temos então uma missão legislativa constitucionalmente relevante, que é digna de censura na esfera jurídica-constitucional.

Cabe atentar que parte da doutrina entende que o mero dever geral de legislar não fundamenta uma omissão inconstitucional, sendo assim, cabe ao agente judiciário a incumbência de se precaver com mecanismos que o ajudem a averiguar quando existe um dever geral de legislar, onde o legislador se encontra submetido e quando o próprio deverá constatar um dever específico.

Por sua vez, existem posicionamentos de que não há omissão legislativa constitucionalmente relevante toda vez que a Constituição não determinar o “como” e o “quando” da manifestação da lei densificadora da exigência dos procedimentos legiferantes.

Todavia, cabe ressaltar que apesar da necessidade de regulamentação, mesmo que de forma implícita sua concretização em determinado tempo, não pode atingir a discricionariedade do legislador, tendo em vista que ele pode escolher o momento que julgar adequado para consubstanciar a medida, o controle temporal é delimitado de forma implícita pela Constituição, guiando a um caminho de concretização que poderá ser alcançado a curto, médio ou longo prazo.

Em contrapartida, o “como” da norma densificadora não vincula a necessidade de fixar, no mesmo texto constitucional o seu molde de construção. Assim, o “como” da norma densificadora jamais se prende ao dever de estabelecer, no mesmo assunto constitucional a sua forma de produção. Esta tem relação com o conceito de que a lei precisará ter, o que ela aponta, de forma a dar dimensão ao sentido considerado na imposição constitucional. Não obstante, o “como” da lei densificadora apresenta dificuldades de estrutura prática bem evidente, uma vez que se depara com a realização do exercício legislativo constitucional e esse pode acarretar a uma decorrente inconstitucionalidade por ação, já que o legislador não foi eficaz em alcançar todo o valor material referente ao texto constitucional a executar.

Nesse sentido, estar-se-á diante de uma obrigação típica de legislar toda vez que a discricionariedade do legislador for totalmente retirada quanto a chance de densificar ou não a determinação constitucional, e se mostrar parcialmente limitada em sua manifestação temporal e material. Isto posto pretende-se revelar que a liberdade de formação do legislador não é absolutamente distanciada, podendo sair, e sempre que assim for, ser restringida.

As diretrizes constitucionais sempre impõem a necessidade de se cumprir, mas o seu cumprimento não pode deixar de lado o alicerce obrigacional que o segue, ou seja, o legislador não desfruta da sua total liberdade de atuação diante daquelas imposições, explicando assim o despertar de sanções jurisdicionais. Mas, apesar disso, nota-se que o legislador não deve deixar de atuar ou atuar de forma tardia, mesmo com essas obrigаторiedades legiferantes.

Outro dilema evidenciado no contexto do dever geral de legislar está ligado à atribuição dividida da competência legislativa. Entretanto, em paralelo, a competência repartida conjectura que haja reservas de obrigações. E é nesta seara que compete verificar se, e em que momento haverá uma omissão legislativa com pertinência constitucional e, ao passo em que a própria Constituição determina aberta e tipificadamente essa ressalva, facilitando assim a percepção da necessidade vinculativa, contudo, sendo passível de interpretação diversa.

Embora identifique-se uma intensificação do dever geral de legislar, é necessário conter eventuais exageros em decorrência dos riscos que tais exageros oferecem. Sendo assim, mesmo a tipificação sendo incontestável de tais competências concorrenciais, não se pode embaralhar sua conveniência, que tem o poder de estabelecer que tais leis tenham valor acentuado, e a indispensabilidade que define a presença de uma omissão constitucionalmente relevante.

Há assuntos conservados a algum dos órgãos, que poderão apropriar-se como constitucionalmente devidas, e dessa maneira, quando não densificadas, poderão ser causadoras de uma omissão inconstitucional, mas essas não são resultado de serem matérias privadas e sim, de outros preceitos constitucionais que, por sua vez, foram contrariados por tal omissão.

2.4.2 O dever de proteção dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais conceituados pela Constituição reproduzem um dualismo imperativo: fomentando ao legislador uma obrigação positiva, onde ele concede ao ordenamento jurídico ferramentas de defesa e afirmação da sua esfera de proteção, e uma obrigação negativa, onde ele não atinge, com sua atuação, sua essência protetiva. Dado o exposto, os doutrinadores têm entendido que das leis relativas aos direitos fundamentais podem escoar uma obrigação específica de desempenho para o legislador.

Como averiguado precedentemente, as leis programáticas tomam forma de destaque na conformação política e social da Constituição no tempo. Dessa forma, um obstáculo apontado por Jorge Pereira da Silva, não podendo ser confundido com a obrigação de proteger

os direitos fundamentais, liga-se com o dever que impossibilita o legislador de criar “direitos fundamentais novos de natureza análoga aos prescritos na Constituição, destinados a proteger a dignidade da pessoa humana frente aos riscos próprios dos nossos dias, em particular os decorrentes dos progressos verificados na área das ciências da vida”²⁴.

Sendo assim, a obrigação de proteger os direitos fundamentais já previstos pela Constituição, é diferente do dever de conceber novos direitos fundamentais de natureza semelhante para assegurar a dignidade da pessoa humana.

A custódia dos direitos fundamentais abrange campos muito mais amplos do que sua integração no plano dos deveres específicos porque esses já associam, além do legislador, o poder judicial e o executivo, bem como o controle substancial na atividade política. Simultaneamente, não se pode duvidar da importância que as omissões numa visão ampla assumem no plano da salvaguarda dos direitos fundamentais, há de haver uma omissão constitucionalmente pertinente quando a Constituição impõe um controle normativo para o legislador executar.

Um ponto que cabe destaque, e foi enfatizado por Jorge Pereira da Silva, vincula-se com a carência de saber se, a obrigação de proteger os direitos fundamentais incumbidos ao legislador harmoniza-se, no âmbito dos particulares, um direito subjetivo e incontestável. O autor relata, “um problema muito controverso que se coloca a propósito dos deveres de proteção de direitos fundamentais consiste em saber se, ou em que medida, esses deveres são suscetíveis de se transmutar subjetivamente, passando a integrar o conteúdo do direito”²⁵.

De modo que, tem-se apontado algumas justificativas com o intuito de distanciar a subjetivação dos direitos fundamentais. João Gonçalves Loureiro é um dos doutrinadores que discorre sobre estes pontos. Ele discorre que a subjetivação vai contra a natureza genérica dos direitos fundamentais, natureza esta que designa e exige uma atividade de conformação advindo do legislador. Ratificar os direitos fundamentais interessa diretamente para a seara jurídica dos particulares direitos subjetivos correspondentes, dessa forma estaria suprimindo o poder de conformação que a natureza genérica daqueles concede ao legislador, visto que este deve desfrutar de uma “margem de prognose e de ponderação”²⁶.

No fim, se nota que todas estas justificativas resvalam em componente em comum, que é o poder dado ao legislador de se fundamentar no princípio da separação dos poderes, não

²⁴ SILVA, Jorge Pereira da. **Dever de Legislar e Proteção Jurisdicional contra Omissões Legislativas**. Lisboa: Universidade Católica, 2003. p. 37.

²⁵ *Idem. Op. Cit.* p. 41.

²⁶ LOUREIRO, João Gonçalves. **O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares**. 4ª. ed. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 229.

podendo ser contestado. Destrinchando os argumentos fornecidos, vê-se que eles têm somente um fundamento, o poder de conformação e discricionariedade que qualifica a competência legislativa, não podendo ser refutado, mesmo que seja com o intuito de modificar e confirmar princípios primordiais do estado democrático de direito.

Cabe ressaltar que a doutrina não reconhece este posicionamento. Ainda que antagonistas à essa lógica, os doutrinadores compreendem que os direitos fundamentais são princípios objetivos, sendo que nada impossibilita que estes tenham as suas raízes em direitos subjetivos, expressando-se e adquirindo ênfase por meio destes.

A subjetivação dos deveres próprios de paládio dos direitos fundamentais tem base na própria teoria dos direitos fundamentais, pois estes, sendo rudimentos basilares do Estado, precisam da maior eficácia possível. Mirando-se no arcabouço do direito, afere-se uma maior eficácia quando se considera um direito subjetivo, ao em vez de um dever de proteção, cuja a desobediência não vai além de uma omissão e não de uma violação eficaz de um direito que ampara um cidadão em particular.

Apesar da resistência doutrinária em aceitar a teoria da subjetivização dos direitos fundamentais, Gomes Canotilho assegura que o direito de emanção de normas pressupõe um direito subjetivo dos cidadãos. A pretensão subjetiva não existiria, porém, configurada como direito objetivo à normação²⁷. Mesmo com tal afirmação, Gomes Canotilho mantém seu posicionamento quanto à subjetivização e dos deveres de salvaguarda dos direitos fundamentais, exprimindo o pressuposto de que se deve reparar “ao apodítico ‘balanço de poderes’ [...] que impediria os juízes de se intrometerem na liberdade de conformação do legislador”²⁸.

Mesmo assim, ele recorda que “quando hoje se defende a pretensão à legislação e o correspondente direito de ação perante os tribunais não se conclui pela substituição do juiz ao legislador com a consequente emanção judicial de uma norma nem pela correção, a título incidental, da omissão legislativa”²⁹.

Ainda na visão de visão de Gomes Canotilho, o direito subjetivo realiza-se da subjetivização das obrigações de cuidados intrínsecos aos direitos fundamentais designando-se de direito subjetivo público. Nesse sentido, a consumação dos direitos subjetivos agiria pela

²⁷ CANOTILHO, Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador – contribuição para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. 2ª. ed. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 339.

²⁸ *Idem. Op. Cit. p. 340.*

²⁹ *Idem – Ibidem.*

“dinamização de normas constitucionais garantidoras de direitos e interesses não reconduzíveis a um simples interesse individualíssimo”³⁰.

Fica explícito que as omissões legislativas constitucionalmente relevantes perduram todas as vezes que o legislador não alcançar o objetivo do controle legiferante que a ele é determinado. Até porque, mesmo recebendo a teoria da subjetivização do exercício de proteção dos direitos fundamentais, o infortúnio das omissões legislativas vai continuar, em algumas situações de forma mais aguda, ao passo que o legislador se eximirá cada vez mais de sua função de executor das normas constitucionais e, declaradamente, de executor das normas modeladas pelos direitos fundamentais porque estes já possuem seus efeitos no ordenamento jurídico e no plano particular das pessoas sem a precisão do desempenho legiferante afirmativo. Nota-se que esta vertente doutrinária desponta quando se trata da conservação jurisdicional direta dos particulares.

Aos direitos fundamentais está implícito que seus efeitos repercutam tanto nos vínculos com o Estado, quanto nos vínculos com os particulares. Dessa forma, o legislador fica incumbido a obrigação de estruturar as normas, não só para a proteção dos particulares, fazendo valer seus direitos diante do Estado, mas também nos vínculos que esses têm entre si, quando se depara com a ideia de eficácia horizontal das normas constitucionais.

Para que haja a efetivação do dever de proteção, o legislador dispõe de amplo limiar de conformação, usando-o para ajustar as normas, levando em consideração as condições políticas, sociais, econômicas e culturais. O legislador não pode se omitir de atuar, competindo-lhe examinar quais são as medidas mais apropriadas para atender a lei constitucional e as situações ocorridas no momento.

Nestas circunstâncias fica claro que só poderá haver certezas quanto à verificação de uma inconstitucionalidade por omissão, quando verificado que o legislador não atuou, deixando o direito fundamental a suscetível de possíveis ameaças ou, se atuou, as medidas adotadas se mostraram insuficientes para alcançar o fim visado.

2.4.3 O dever de adequação das leis vigentes

No dever de adequação das leis vigentes nota-se que é dado ao legislador certo dinamismo para a modificação das leis, pois essas devem manter seu vigor no tempo que

³⁰ CANOTILHO, Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador – contribuição para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. 2ª. ed. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 341.

permeia, desta forma, é necessário que haja este tipo de discricionariedade para que o legislador mantenha as leis sempre atualizadas.

Contudo, deve-se atentar ao seguinte cenário de existência da lei, tendo em vista que, eventualmente, essa lei se torna ineficaz devido aos novos costumes da sociedade. Os procedimentos constituídos por esta lei se mostram insatisfatórios constitucionalmente. Então, ver-se que as omissões legislativas não são sinônimas de ausência de normas, pois elas podem existir, mas não condizer com a realidade atuante, sendo que é neste ponto que se torna fácil ver o limiar que divide a inconstitucionalidade por ação da inconstitucionalidade por omissão.

Nesse sentido, verifica-se que a inconstitucionalidade por omissão surge por deficiência de normas e não obrigatoriamente por falta delas. Há apenas duas circunstâncias que podem gerar dúvidas, são as inconstitucionalidades deslizantes e os casos que o juízo de prognose do legislador falhou.

A inconstitucionalidade deslizante pode ser considerada uma modalidade de inconstitucionalidade superveniente. Nesta não ocorre uma ação do legislador constitucional ou ordinário ocasionando essa inconstitucionalidade superveniente. Essa está intimamente ligada ao fato da inação da lei ordinária, que não foi capaz de auferir “o processo evolutivo constitucional”³¹. Jorge Pereira da Silva classifica este tipo de inconstitucionalidade como um “processo contínuo de inconstitucionalização de determinada norma”³². Dessa maneira, só se faz coerente que haja uma fiscalização por uma inconstitucionalidade por omissão, pois o problema não foi a falta de regulamentação e sim a inércia do legislador ao readequar a lei.

Um fenômeno bastante atual e muito utilizado no Brasil pelo Supremo Tribunal Federal, é o da mutação constitucional. Segundo o doutrinador Pedro Lenza,

“As mutações, por seu turno, não seriam alterações ‘físicas’, ‘palpáveis’, materialmente perceptíveis, mas sim alterações no significado e sentido interpretativo de um texto constitucional. A transformação não está no texto em si, mas na interpretação daquela regra enunciada. O texto permanece inalterado.”

Desta forma, uma vez que o entendimento da norma constitucional sofre modificação, é possível que se verifique a inconstitucionalidade superveniente da norma omissa ou até mesmo contrária ao novo posicionamento jurídico-constitucional.

A situação de falhas no juízo de prognose, ocorre quando o legislador toma uma decisão que depois verifica-se não ser a melhor saída para a salvaguarda dos direitos fundamentais, e acaba por escolher a solução menos adequada para a demanda, levando em

³¹ SILVA, Jorge Pereira da. **Dever de Legislar e Proteção Jurisdicional contra Omissões Legislativas**. Lisboa: Universidade Católica, 2003. p. 59.

³² *Idem* – ***Ibidem***.

consideração os requisitos constitucionais, sociais e políticos. Nesse sentido, a obrigação de retificar aparece quando o legislador constata que a decisão tomada não foi a mais adequada. Assim sendo, é possível se verificar que a inconstitucionalidade por omissão não ocorre apenas pela ausência normativa, mas também pela deficiência dela decorrente de um novo contexto social, o que necessariamente impõem a sua revogação ou alteração, caso possa acarretar danos aos fins pretendidos.

O erro de prognóstico está relacionado com a circunstância de o legislador não ter conseguido captar integralmente qual o escopo da norma constitucional que estava a densificar, equivocando-se, quanto ao sentido que a norma infraconstitucional tinha de prosseguir. Já no âmbito do prognóstico, presume-se que o legislador conseguirá antever em que direção é que a realidade nacional irá se desenvolver. Esse prognóstico pode ser impreterivelmente desapropriado pois, tem-se como suporte a compreensão de um homem médio, dessa maneira, nunca se poderá ter tirado a conclusão de que a evolução ocorreria daquela maneira.

Nos dois casos, realização de prognóstico e diagnóstico, se o legislador estiver atento, haverá grande chance de que esses erros não sejam cometidos, pelo que, caso essa falha exacerbe o seu poder de conformação e seja impreterivelmente inescusável, poderá gerar-se a anulação instantânea da lei infra ordenada. Já nas demandas de falha de prognose, em que o legislador não poderia antecipar que a realidade se desdobraria daquela maneira, ainda que tivesse usado todos os recursos ao seu alcance, só ocasionarão resultados invalidados para a lei densificadora quando houver transcorrido um espaço temporal competente para que o legislador possa contrabalancear as repercussões prejudiciais que acarretou, sem ter tomado qualquer precaução nesse escopo.

Em caso deste dever ser levado ao limite, por parte dos entes legitimados para examinar da presença das omissões legislativas reconhecidamente relevantes, pode acarretar insegurança e incerteza jurídica tendo em vista que imporia ao Poder Legislativo a necessidade de produzir cotidianamente normas condizentes com as transformações naturais que o Estado democrático de direito venha a sofrer em âmbito social.

2.4.4 O dever de reposição da igualdade violada

Este dever liga-se com circunstâncias em que, de maneira explícita, onde houve o favorecimento de terceiros, e aqui é crucial reafirmar a eficácia do princípio da igualdade no ordenamento jurídico. No início, esse princípio era relevante para os órgãos do Poder

Executivo, após um tempo, passou a ser dirimido também pelo Poder Legislativo, com a finalidade de que fosse criada regulamentações jurídicas igualitárias. Nesta seara há também há uma separação complicada a respeito das ocasiões onde ocorrem uma inconstitucionalidade por omissão e das que geram uma inconstitucionalidade por ação.³³

Este é um princípio geral que subentende “princípios especiais de igualdade”³⁴, podendo definir como igualdade fática, onde as normas têm uma característica formal e, igualdade jurídica, onde as leis têm características preceptivas, podendo ser ou não exequíveis em si mesmas. Então pode-se dizer que, o legislador elaborou os princípios especiais de igualdade jurídica e fática. Estes produzem uma obrigação específica de densificação das leis constitucionais, isto se, a norma programática não sobrepor a uma norma-fim do Estado, deixando o legislador obrigado a compensar a igualdade profanada. Há neste viés, casos em que o cumprimento do princípio da igualdade minimize as obrigações específicas de operação do legislador, gerando casos de inconstitucionalidade por omissão.

As dúvidas começam a surgir quando se trata da limitação da liberdade que o legislador terá no momento de conformação das normas, com fundamento no princípio geral da igualdade e se a sua maculação por omissão será por si só o bastante para acarretar uma inconstitucionalidade por omissão.

As bases constitucionais não sujeitam o legislador a decisões definitivas. Aliás, esses comandos devem estar munidos de fluidez para se harmonizar com a realidade social de seu tempo, analisando as relações interpessoais e suas demandas concretas. Jorge Pereira da Silva destaca:

“[...] a concretização legislativa dos princípios constitucionais se situa, em regra, no campo do dever geral de produção legislativa. Não pode negar-se, porém, que somente perante uma situação determinada se poderá concluir com certeza se um certo princípio constitucional exige ou não do legislador que atue no sentido de o “consolidar normativamente” neste ou naquele sentido.”³⁵

Ele também expõe que o princípio da igualdade, chega bem perto, em algumas situações reconhecidas pela falta de considerações jurídico-constitucionais ou fáticas de sentido contrário, de um imperativo absoluto e, sendo assim, de natureza própria das regras jurídicas.³⁶

O princípio da igualdade é a origem de uma obrigação específica de legislar. O autor supracitado traz o entendimento, de que esta obrigação só poderá permanecer nos casos

³³ ABREU, Joana Rita de Sousa Covelo de. **Inconstitucionalidade por omissão e ação por incumprimento: a inércia do legislador e suas consequências**. Lisboa: Editorial Juruá, 2011. p. 122.

³⁴ SILVA, Jorge Pereira da. **Dever de Legislar e Proteção Jurisdicional contra Omissões Legislativas**. Lisboa: Universidade Católica, 2003. p. 74.

³⁵ *Idem. Op. Cit. p.75.*

³⁶ *Idem. Op. Cit. p.77.*

em que já houver indicadores legislativos emitidos e se houver exigência de restituir a igualdade desrespeitada.

Nesse sentido, o princípio da igualdade não pode ser compreendido como fonte de obrigação exclusiva de legislar em situações em que ainda não há um direito pronunciado em conformidade com a igualdade, visto que as possibilidades de escolha são incomensuráveis visando o caráter geral do princípio em pauta.

Entretanto, esse princípio não sobrevém quando o legislador já tomou precauções de densificação do princípio da igualdade e essas o maculam. Quando isso ocorre, mesmo que haja várias maneiras de resolver essa maculação do princípio da igualdade, a verdade é que, as chances de se criar um quadro normativo com raízes são ínfimas. Aqui, nota-se, três de violações recorrentes ao princípio da igualdade: o desigual ser tratado de modo igual; o igual ser tratado de maneira diferente; e o desigual ser tratado de modo “desproporcionalmente diferente”³⁷ (neste só poderemos encontrar inconstitucionalidade por ação, pois aqui, dependemos do poder de conformação do legislador). Assim, verifica-se que se gera uma obrigação própria de reposição da igualdade violada apenas no caso em que o igual tem um tratamento diferenciado, demonstrando a ausência de norma que equilibre as relações entre iguais.

Quando falamos de tratar diferentemente o que é igual, a obrigação de legislar surge ligada ao descumprimento do princípio da igualdade, nesta vemos uma autonomia que é diferenciada das demais incumbências específicas de legislar devido a violação do princípio da igualdade não se integrar a qualquer outro dever específico de legislar. Gomes Canotilho evidência que “na própria diretividade consagrada como imposição permanente geral e abstrata, adquire uma dimensão impositiva concreta sempre que o legislador iniciou, em alguns domínios, a sua concretização”³⁸.

É importante ressaltar que o princípio geral da igualdade só se baseia numa obrigação específica de legislar nos casos em que o igual recebe um trato diferenciado, assim sendo, nos cabe examinar quando teremos uma inconstitucionalidade por omissão.

Quanto ao tipo de inconstitucionalidade, Rui Medeiros entende que é gerada a inconstitucionalidade por ação, enquanto Jorge Pereira da Silva defende que a forma de fiscalização dependerá da escolha do requerente, podendo ocorrer de forma direta, seja ele

³⁷ SILVA, Jorge Pereira da. **Dever de Legislar e Proteção Jurisdicional contra Omissões Legislativas**. Lisboa: Universidade Católica, 2003. p. 77.

³⁸ CANOTILHO, Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador – contribuição para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. 2ª. ed. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 388.

particular ou institucional, ou de forma indireta, por meio de uma demanda formulada, em que caso o requerente hostilize a decisão do legislador, ter-se-ia uma inconstitucionalidade por ação e se o requerente atacar o não exercício o legislador, estar-se-ia diante de uma inconstitucionalidade por omissão.³⁹

Acontece que, o princípio geral da igualdade tem também a natureza positiva que se apresenta nas exigências de certas decisões legislativas, resultando assim na busca pelo equilíbrio social.

2.5 Meios de reação perante Omissões Legislativas

Pode-se começar esclarecendo que o Tribunal Constitucional Português, quando é designado a fiscalizar a constitucionalidade de uma lei, ele não se pronuncia no sentido desta, sendo que tratará exclusivamente da sua inconstitucionalidade ou não inconstitucionalidade. Tendo-se ao fim, um acórdão de prolação. O mesmo ocorre quando o Supremo Tribunal Federal, instância máxima da Justiça Brasileira, declara a inconstitucionalidade por omissão, sendo importante ressaltar os caminhos para a declaração de inconstitucionalidade que podem produzir efeitos distintos com relação ao suprimento ou não da omissão pelo próprio tribunal.

Nesse sentido, compreender os momentos de controle de constitucionalidade, bem como os efeitos de tais controles, são de fundamental relevância para compreensão do tema, tendo em vista que, conforme posteriormente demonstrado, o controle de constitucionalidade pode ser o escopo para eventuais abusos entre do poder Judiciário, perante os poderes Executivo e Legislativo.

2.5.1 Fiscalização preventiva da constitucionalidade

De início, a premissa de fiscalização preventiva pode parecer ilógica, porque não há como fiscalizar algo que ainda não aconteceu, como já aludido, as missões legislativas aparecer com o decorrer do tempo. Alguns doutrinadores, como Jorge Pereira da Silva, dizem ser possível tal fiscalização, uma vez que seja feito um diagnóstico da permissão revogatória concedida ao legislador quando ele gerencia uma inconstitucionalidade por omissão ao excluir

³⁹ SILVA, Jorge Pereira da. **Dever de Legislar e Proteção Jurisdicional contra Omissões Legislativas**. Lisboa: Universidade Católica, 2003.p. 84-85.

uma lei que era constitucional. Entretanto, essa solução dada pelo autor poderia gerar problemas como, um sistema de fiscalização da inconstitucionalidade por omissão pouco abrangente, pois enquadraria um número muito restrito de casos⁴⁰.

Em contrapartida Jorge Miranda afirma que a “fiscalização não possui caráter preventivo [...] mas sim natureza de fiscalização a *posteriori*, porque o Tribunal Constitucional [...] não interfere na formação de quaisquer atos e só pode agir em consequência de uma omissão juridicamente relevante [...] de proceder”⁴¹.

Note o que Jorge Pereira diz a esse respeito:

“Já que não é possível coagir o legislador a cumprir os seus deveres específicos de legiferação, ao menos que se impeça a revogação das normas legais constitucionalmente devidas, isto é, que se fiscalize a constitucionalidade das leis revogatórias que incidem sobre leis anteriormente emanadas no cumprimento de deveres específicos de atuação legislativa.”⁴²

Ainda que esse autor se fundamente no poder revogatório dado ao legislador, ele não extrapola o seu parecer, tutelando que todas as leis revogatórias poderiam inconstitucionais, pois algumas destas leis revogatórias trazem com elas um regime jurídico diverso, que muitas das vezes pode ser mais eficaz e gerando um resultado melhor no cumprimento de um direito constitucional. Estes pressupostos demonstram ratificar que a fiscalização preventiva da inconstitucionalidade por omissão não é a ferramenta mais apropriada para impedir as omissões legislativas.

O segundo fundamento moderativo da tese de Jorge Pereira da Silva facilita um corolário oposto: o legislador, utilizando-se do seu poder revogatório, tende a cuidar do dever específico de adequação das normas vigentes, mesmo fazendo isso por meio da separação da norma por desnecessidade desta, visto que a imposição constitucional foi extinta. Para o autor há uma lei revogatória substitutiva, e seu cerne conjectura um regime jurídico mais congruente a preservar a imposição constitucional, dando ao legislador ordinário meios de conseguir dar prosseguimento ao dever de adequação e atualização das leis vigente.

De certa forma, o dilema da fiscalização preventiva da inconstitucionalidade por omissão sustenta-se numa linha frágil entre as inconstitucionalidades por ação e por omissão, ademais, mesmo havendo uma lei revogatória que, no entender de Jorge Pereira da Silva, pode acabar no surgimento de uma omissão legislativa. Dessa maneira, poderia se dar uma

⁴⁰ ABREU, Joana Rita de Sousa Covelo de. **Inconstitucionalidade por omissão e ação por incumprimento: a inércia do legislador e suas consequências**. Lisboa: Editorial Juruá, 2011. p. 134.

⁴¹ MIRANDA, Jorge. *apud*. ABREU, Joana Rita de Sousa Covelo de. **Inconstitucionalidade por omissão e ação por incumprimento: a inércia do legislador e suas consequências**. Lisboa: Editorial Juruá, 2011. p. 134.

⁴² SILVA, Jorge Pereira da. **Dever de Legislar e Proteção Jurisdicional contra Omissões Legislativas**. Lisboa: Universidade Católica, 2003. p. 162.

inconstitucionalidade por ação da lei revogatória. Entretanto, o autor defende que o meio mais efetivo, caso existisse, seria o da fiscalização da inconstitucionalidade por omissão, se utilizando da seguinte ideia:

“(…) embora tenha sido a lei revogatória a desencadear uma situação de vazio normativo constitucionalmente inadmissível, do ponto de vista dos valores jurídicos negativos tudo se passa em sentido inverso, assumindo a inconstitucionalidade da lei revogatória (inconstitucionalidade por ação) natureza consequente em relação à referida situação de vazio normativo (inconstitucionalidade por omissão).”⁴³

Percebe-se que a fiscalização preventiva da inconstitucionalidade por omissão acode-se aos jeitos normais de fiscalização de inconstitucionalidades por ação.

Por fim, trazendo à baila o princípio da negação do retrocesso social, cabe ressaltar que o mesmo não é “uma manifestação do princípio da proteção da confiança”⁴⁴. Dessa forma, considerando mais congruente, tratar de um princípio constitucional da proibição de recriar ou repor casos de omissões legislativas constitucionalmente relevantes porque esse “é um corolário do reconhecimento de deveres constitucionais de atuação legislativa”⁴⁵.

2.5.2 Fiscalização abstrata da constitucionalidade

O artigo 283º da CRP determina que o Tribunal Constitucional vai ter capacidade para examinar o não cumprimento da Constituição “por omissão de medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais”⁴⁶. Dessa forma, apresenta-se uma restrição no setor da operatividade desse instituto a obrigação específica de densificação das leis constitucionais. O problema mais temeroso, liga-se a conjectura ou não, de utilizar o instituto abarcado no artigo 283 da CRP, não se esquecendo que essa ferramenta não ficará livre de críticas.

Entretanto, verifica-se que não há possibilidade de ser incluso no artigo 283º da CRP a perspectiva de atentar às violações de todas aquelas obrigações, por dois motivos: primeiramente, o que origina-se do 283º da CRP é que deve ser reduto de todo texto constitucional e não somente, a alguns princípios; em segundo lugar, toda as categorias de

⁴³ SILVA, Jorge Pereira da. **Dever de Legislar e Proteção Jurisdicional contra Omissões Legislativas**. Lisboa: Universidade Católica, 2003. p. 285.

⁴⁴ *Idem*. *Op. Cit.* p. 282.

⁴⁵ *Idem*, ***Ibidem***.

⁴⁶ PORTUGAL. Constituição (1976) VII Revisão Constitucional 2005. **Constituição da República Portuguesa**. Lisboa, 1976. [Em linha] [Consult. 16 abril 2019] Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>.

inconstitucionalidade por omissão resultantes da maculação das obrigações específicas não são completamente intratáveis, todas estas subordinando-se a um *interpositio legislatoris*.

Até mesmo a jurisprudência constitucional é diminuta e com o posicionamento pouco definido nesta seara, constatando-se que o Tribunal Constitucional se exime de prolatar no plano das omissões legislativas, amparando-se no princípio da separação dos poderes, no pressuposto das *political questions* e na desaprovação da tese da judicialização da política. Alegando também que a quantidade exígua de entidades munidas de legitimidade para cuidar desta inspeção afeta obrigatoriamente a sua funcionalidade.

A respeito dessa interpelação incipiente, Jorge Pereira da Silva expõe:

“Apesar das esperanças originalmente depositadas na fiscalização da inconstitucionalidade por omissão, como instrumento essencial à garantia de uma Constituição que permanentemente solicita a intervenção do legislador, o instituto nunca atingiu o desenvolvimento almejado, sendo escasso o seu tratamento doutrinal e pobre a jurisprudência produzida. Por isso mesmo, pode dizer-se que a figura se encontra hoje numa situação de letargia estando reduzida a uma função ornamental do texto da Constituição.”⁴⁷

Desde o início, nota-se que o constituinte tinha como objetivo confiar a um órgão o poder legítimo para ser encarregado pela fiscalização da inconstitucionalidade por omissão, de maneira que o legislador fosse substituído quando houvesse uma omissão legislativa e ele não houvesse cumprido as orientações de ação dada de forma antecipada.

Contudo é válido ressaltar que, naquela época, assim como nos dias presentes, os doutrinadores não apoiaram essa ideia por receio de quebra do princípio da tripartição de poderes e da teoria dos freios e contrapesos, concentrando nas mãos de um único órgão o poder de julgar e legislar. A supervisão da inconstitucionalidade por omissão, desde sua formulação, mostrou-se ter uma notoriamente política, sendo exaltada se não observasse com cuidado as funções típicas de cada poder.

Gomes Canotilho, ao manifestar-se quanto ao controle abstrato de normas, entendeu que a “exigência da conformidade de todos os atos com a Constituição interpretar-se-ia também no sentido de abranger o controlo da regularidade de atos omissivos de legislador”⁴⁸. Dessa maneira, Gomes Canotilho menciona um “caminho para alargar a garantia de proteção jurídico-constitucional contra omissões legislativas seria o de reconhecer a possibilidade de controlo abstrato de normas em caso de atos omissivos”⁴⁹, assim não seria necessária a

⁴⁷ SILVA, Jorge Pereira da. **Dever de Legislar e Proteção Jurisdicional contra Omissões Legislativas**. Lisboa: Universidade Católica, 2003. p. 140-141.

⁴⁸ CANOTILHO, Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador – contribuição para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 345.

⁴⁹ *Idem, Ibidem*.

comprovação de um direito subjetivo e, concomitantemente, a maculação de uma lei constitucional absolutista de um procedimento legiferante.

Entretanto, para que essa expansão da ocorresse é indispensável uma “clara definição da legitimidade ativa para o desencadeamento deste tipo de fiscalização e a existência de um órgão constitucional [...] a quem seja solicitado o controlo do comportamento constitucional omissivo”⁵⁰

Nesse sentido, é possível observar que a expansão das instituições legitimadas a cuidar da fiscalização de inconstitucionalidade das leis por omissão levará a uma eficácia maior do instituto e a um controle maior exercido democraticamente perante as omissões legislativas, contudo, pode também sobrecarregar o Poder Judiciário com demandas excessivas acerca de situação idênticas. Desta forma, qualquer modificação nas atribuições dos órgãos de controle e fiscalização, deveriam ser precedidas de estudos e análises de viabilidade.

A Constituição Portuguesa, desde a sua primeira retificação constitucional, demonstra uma série de dilemas peculiares: a legitimidade ativa esta condensada a um número pequeno de entidades, a compreensão textual do princípio pode levar à sua completa desconformidade com a realidade atual e, simultaneamente, separa do conhecimento jurisdicional a fiscalização das omissões resultantes do descumprimento dos múnus de salvaguarda dos direitos fundamentais, de adaptação das leis contemporâneas e da restituição da igualdade maculada. Sabendo disso, sabe-se que o n. 2 do artigo 283 da Constituição da República Portuguesa, não proporciona o parecer de inconstitucionalidade por omissão nenhuma propriedade vinculante, somente obriga ao Tribunal Constitucional que, deliberando sobre a inconstitucionalidade, nunca poderá deixar de relatar tal fato ao legislador ordinário.

Quanto a este ponto, é preciso ressaltar que no ordenamento jurídico brasileiro, como já fora dito, existem dois instrumentos para sanar a omissão, sendo eles, a Ação direta de inconstitucionalidade por omissão em vias abstratas e o Mandado de Injunção, considerado um remédio constitucional para casos concretos

A ADO inspira-se decisivamente na Constituição de Portugal, e por este motivo, suas raízes são melhores explicadas em conformidade com as bases jurídicas portuguesas, conforme acima explicado, ao passo que o MI, embora não tenha suas raízes bem assentadas doutrinariamente, aproxima-se da tradição anglo-americana do direito (*equity, writ of*

⁵⁰ CANOTILHO, Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador – contribuição para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001. p.346.

inunction)⁵¹, sendo este melhor detalhado no próximo tópico, trazendo à baila suas diferenças quanto à ADO.

2.5.3 Fiscalização concreta da constitucionalidade

O autor Gomes Canotilho diz que, hipoteticamente, há a possibilidade de realização da fiscalização concreta da inconstitucionalidade por omissão, entretanto, seria complicado a operatividade desse mecanismo na prática, o que explica a Constituição Portuguesa ter aprovado fiscalização somente para inconstitucionalidade por ação⁵².

Por sua vez, Jorge Miranda defende que na prática não se pode ter uma inconstitucionalidade por omissão, pelo simples fato de já haver a inconstitucionalidade por ação, ao passo em que a verificação difusa abrange uma estrutura diferente, harmonizando a inconstitucionalidade por ação ou omissão⁵³. Verifica-se que o autor nem se quer gera uma problematização em torno do embaraço, visando considerar um sistema de verificação da inconstitucionalidade por omissão, limitando-se a letra do artigo 283º da CRP, reconhecendo que esse princípio só pode ser incluso em algumas realidades, pois essas estão atentas às suas condições e vão tentar acata-los para que haja a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão.

Um exemplo de país que adota mecanismos de fiscalização contra as inconstitucionalidades por omissão é o Brasil, Jorge Miranda alude que se pode criar uma ferramenta de reação - com característica concreta e difusa – em combate as omissões legislativas que desrespeitam os direitos fundamentais, sendo adotada a alternativa de o Tribunal Constitucional prolatar uma decisão sempre que houvesse um direito fundamental violado. Quando esta maculação fosse verificada em um tribunal ordinário, o Tribunal Constitucional seria requerido para verificar se de fato houve essa violação.

A doutrina portuguesa não vê com bons olhos a figura da fiscalização concreta da inconstitucionalidade por omissão, ou seja, não apoiam a ideia de que o juiz ordinário tem a

⁵¹ CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Uma reflexão histórica sobre o mandado de injunção e a eficácia subjetiva das decisões. In: **Mandado de Injunção: Estudos sobre sua Regulamentação** (Coord. Gilmar Ferreira Mendes et ali). São Paulo: Saraiva, 2013, p. 57-94.

⁵² CANOTILHO, Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador – contribuição para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 347.

⁵³ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. II. 3. e 4. ed. Coimbra: Coimbra, 1991 – 2000. p. 507.

faculdade de reconhecer um direito subjetivo individual caso a norma constitucional não seja exequível em si mesma.

Aparentemente, dado o trabalho progressista feito pelo Tribunal Constitucional quanto noção de lei, tem-se fortalecido pela vontade de proteção indireta dos direitos fundamentais, tornando-se mais fácil compreender e desenvolver a possibilidade da permissão de fiscalização concreta da constitucionalidade em prol das omissões legislativas.

No Brasil, conforme já explanado, se utiliza do Mandado de Injunção como um remédio constitucional para sanar eventuais lacunas que leis que possam prejudicar o exercício individual ou coletivo a determinado direito.

Ao analisar a natureza de cada um, é possível verificar as semelhanças e diferenças entre ambos. A ADO é processo de natureza objetiva, ou seja, não tem por objetivo tutelar situações subjetivas e concretas, tanto é que seu procedimento em nada se confunde com o procedimento adotado pelo Código de Processo Civil para solução de conflitos. Antes, seu escopo é a defesa da ordem jurídica constitucional, razão por que responde a outras normas e teorias processuais.

Já o Mandado de Injunção é ação constitucional essencialmente voltada à tutela de situações subjetivas do cidadão, sendo este um procedimento que garante a tutela subjetiva dos direitos da pessoa e de suas liberdades constitucionais perante uma omissão legislativa.

Outro aspecto importante que os diferencia, é que enquanto o MI é um processo subjetivo de garantias dos direitos fundamentais do cidadão, podendo por consequência ser impetrado por qualquer pessoa, a ADO constitui processo de natureza objetiva, de modo que apenas o apertado rol de legitimados, previsto no art. 103 da Constituição Federal da República Federativa do Brasil, pode manejá-la.

O MI, consoante se extrai da própria Constituição, art. 5, inciso LXXI, há de colmatar a falta de norma regulamentadora que obsta o exercício dos direitos e liberdades constitucionais, devendo a ordem de injunção propiciar o imediato exercício dos direitos obstados.

Esta característica entrega ao Supremo Tribunal Federal, a possibilidade de decidir o caso concreto de forma a suprir a ausência da norma regulamentadora, de tal forma que não acarrete em prejuízo aos interessados.

Somado a esta possibilidade, repercute atualmente no próprio tribunal a tese da Abstrativização do Controle Difuso, que preconiza que, se o Plenário do STF decidir a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, ainda que em

controle difuso, essa decisão terá os mesmos efeitos do controle concentrado, ou seja, eficácia erga omnes e vinculante.

Desta forma, por tal entendimento, verifica-se que o Brasil se utiliza do Mandado de Injunção como meio de suprir as lacunas legislativas que não são igualmente utilizadas em Portugal.

Este aspecto pode ser positivo quando encarada a necessidade de uma maior atuação em prol da correção da omissão, contudo, é também controverso podendo caracterizar uma das formas de abuso de poder, quando caracterizada uma intervenção indevida do Poder Judiciário nas atribuições do Poder Legislativo, conforme se verificará no próximo capítulo.

CAPÍTULO 3

ATIVISMO JUDICIAL

3.1 Conceitos

O ativismo baseia-se em uma maneira proativa e expansiva de compreender a Constituição, de forma a exceder em alguns casos, a vontade do legislador constituinte. Este refere-se de uma expressão ambígua usada historicamente para caracterizar o perfil de certos juízes norte americanos como ativistas ou não, no sentido de atacar as omissões legislativas em deliberações de natureza política liberal. Em outro sentido, é usado também para determinar a reprovação de uma dada decisão judicial que tenha extrapolados os limites da ação judicial.

A essência para identificar o ativismo judicial provém da dificuldade em fiscalizar os parâmetros de interpretação da norma constitucional, visto que para considerar-se ativismo parte-se de:

“(...) uma controvertida posição sobre qual é a correta leitura de um determinado dispositivo constitucional. Mais do que isso: não é a mera atividade de controle de constitucionalidade - consequentemente, o repúdio ao ato do poder legislativo - que permite a identificação do ativismo como traço marcante de um órgão Jurisdicional, mas a reiteração dessa mesma conduta de desafio aos atos de outro poder.”⁵⁴

O ministro do STF, Luiz Roberto Barroso, mostra a dimensão do ativismo e identifica as formas dessa teoria, elucidando que a sua origem vem de uma transformação, profunda e silente, ligada pela jurisprudência progressiva às matérias de direitos fundamentais. Veja o que o mesmo diz:

“Ativismo judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais. Todas essas transformações foram efetivadas sem qualquer ato do Congresso ou decreto presidencial. A partir daí, por força de uma intensa reação conservadora a expressão ativismo judicial assumiu, nos Estados Unidos uma conotação negativa, depreciativa, equiparada ao exercício impróprio do poder judiciário. Todavia, depurada essa crítica ideológica – até porque pode ser progressista ou conservadora - a ideia de ativismo está associada a uma participação mais ampla e intensa do judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes. Em muitas situações, sequer há confronto, mas mera ocupação dos espaços vazios.”⁵⁵

⁵⁴ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Juruá, 2009. p. 76.

⁵⁵ BARROSO, Luiz Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 371.

Apesar do ativismo estar relacionado à judicialização, eles diferenciam-se, ao passo em que ela se fundamenta em questões substanciais de cunho político, moral e social que são causa de análise judicial em caráter final. Concerne aquelas atividades tradicionalmente dominantes dos Poderes Legislativo e Executivo que são transmitidas ao Poder Judiciário.

Dessa maneira, os magistrados e tribunais acabam se transformando em protagonistas políticos, no entanto, tendo singularidades e fundamentos diverso dos outros poderes. Eles se transformam em personagens essenciais na deliberação de importantes divergências morais e políticas, em que as consequências de suas medidas têm influência direta no sistema político. Assim, mesmo que não façam parte desse sistema, integram verdadeiros instrumentos de poder e, de forma direta ou indireta, estão presentes na criação do desígnio político preponderante.

O vínculo entre a política e o direito constitui-se numa oscilação de incompatibilidades mútuas, sendo que do mesmo modo em que as decisões consideradas ativistas, podem influenciar no contexto político, o contrário também acontece. Dessa forma, um quadro político hostil pode gerar um comportamento de remissão judicial e um âmbito político que tenha liberdade de decisão pode espelhar um espaço para o ativismo judicial.

Destaca-se, entretanto, que ter ou não o posicionamento ativista nem sempre decorre de uma possibilidade designada pelos tribunais e magistrados, visto que, na presença da sujeição das demandas, pelos protagonistas políticos e/ou sociais, eles devem deliberar sobre divergências contemporâneas. Essas causas externas ocasionadas pela judicialização da política constituem circunstâncias oportunas para o desempenho do ativismo judicial, que sujeitar-se-á ao proceder do juiz.

Deliberações simplesmente principiológicas e sem fundamentação legal, quando o caso concreto demandar, podem guiar a sentenças subjetivas provenientes de pareceres ocasionais. Nesse seguimento, há o risco de deliberações sem ligação aos textos legais tornarem-se precedentes, especialmente sob a visão do Código de Processo Civil brasileiro, de 2015, o que equivale à recusa dos direitos fundamentais e princípios constitucionais brasileiros, conjecturados no preâmbulo da Constituição Federal de 1988, especialmente nos artigos 1º a 11, primordiais ao Estado de Direito.

Nessa perspectiva, os magistrados e os tribunais deveriam atuar não como protagonistas políticos, e sim como transladores jurídico-políticos, com o intuito de fortalecer concepções ora examinadas, onde a estabilidade das incumbências judiciais e políticas fizessem-se explícitas em sentenças e acórdãos.

Acertadamente é válido distinguir o ativismo judicial político do ativismo judicial jurisdicional democrático. O ativismo judicial está relacionado com as funções jurisdicionais naturais do modelo democrático de Estado.

Por outro lado, o ativismo judicial político é onde o juiz tende a buscar alargar o campo de compreensão das suas decisões, de maneira a decidir lides com mérito político, de forma que – do mesmo modo que acontece com o entendimento de *judicial activism* no meio democrático anglo-americano. No ativismo judicial jurisdicional o juiz inclina-se a adotar, no meio judiciário de um Estado pós-autoritário (meio esse inábil para consentir que seja garantido a efetividade aos direitos dos cidadãos), especial destaque com a finalidade de acrescentar os limites tradicionais, são estes pré-democráticos, da ação judiciária no exercício da atividade jurisdicional propriamente dita, ou seja, visando decisões que abordem não sobre matéria de conteúdo político, mas sobre matéria exclusivamente jurídicas e relacionadas a garantia de direitos e sanções de atos ilícitos (*accountabilities system*).⁵⁶

A escassez de exatidão e rigidez semântica na classificação do ativismo judicial no Brasil tem acarretado problemas teoricamente importantes associados a percepção do assunto. Ao não fazer a distinção do ativismo judicial político e do ativismo judicial jurisdicional, a doutrina brasileira fundamenta-se em conclusões desacertadas: os que saem em defesa de ativismo judicial generalizado declaram que o juiz que se julga inapto para pronunciar decisões sobre temas de mérito político é um juiz ineficiente, pois, segundo essa percepção “o passivismo do Judiciário é contrário ao interesse social na promoção da justiça”.⁵⁷

De fato, pode parecer à primeira vista, que o termo “juiz eficaz” tem o mesmo sentido que “juiz ativista”, porém esses gêneros não se confundem. Se utilizar a terminologia mais específica, nota-se que um juiz politicamente ativista, que tem a tendência de exprimir decisões sobre temas de conteúdo político e definição de políticas públicas, pode se revelar ineficaz e ameno na tarefa de deliberar sob questões não políticas e jurídicas, como aquelas relacionadas a proteção dos direitos fundamentais e a sanções de ato ilícito.

Na medida em que um juiz politicamente passivista, que se pondera insuficiente para adentrar a área de decisões que ele julgar abalar a opinião pública, pode ser extremamente eficaz e rigoroso no tocante as decisões sobre matérias jurídicas e, por conseguinte, no cumprimento de sua função garantir os direitos dos cidadãos, a estabilidade do processo

⁵⁶ LEITE, Roberto Basílone. **O papel do juiz na democracia: ativismo judicial político X ativismo judicial jurisdicional**: 500 anos de autoritarismo e o desafio da transição para a democracia no Brasil contemporâneo. São Paulo: LTr, 2014. p. 25.

⁵⁷ *Idem. Op. Cit.* p. 27.

democrático e executar a responsabilização dos infratores, salientando que ele talvez eleja um comportamento politicamente passivista, exatamente por compreender que o oposto disso poderia frustrar o direito fundamental de atuação do cidadão.⁵⁸

3.2 O protagonismo do Poder Judiciário e o Ativismo Judicial.

É viável fazer uma correlação, tanto da ótica da teoria jurídica e política como da visão histórica, estabelecendo tempos marcantes a um protagonismo individual de cada Poder diante do molde de Estado da época. Há, como será exposto, uma condição de superioridade de um Poder em comparação aos outros, consoante com o cenário da época.

No Estado Liberal, em que a Constituição representava mais um diploma político do que verdadeiramente uma lei do qual se consubstanciavam deveres e direitos, o protagonismo era evidenciado no Poder Legislativo, posto que a norma é que antecedia tais acontecimentos e comandos. Ulteriormente, com a precisão de consumação dos direitos sociais por entremeio de políticas públicas, alcançou o apogeu do protagonismo o Poder Executivo, instaurado para acabar com essa demanda, constituindo-se o denominado Estado Social.

Frente a complexidade ou da incompetência do Poder Executivo em desempenhar tudo aquilo que as vindouras Constituições dirigentes garantiam, brigavam ou prediziam, subjugando vigorosamente o Estado a seus jugos, diante disso, o Judiciário tornou-se o reduto do cidadão desprotegido por essa incompetência e desprovido dos cuidados do Estado, surgindo o Estado Constitucional de Direito ou Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, o protagonismo judicial tem provocado ainda, sob a égide da denominada discricionariedade, sentenças questionáveis sob inúmeros pontos de vista. Julgamentos ilegítimos, sem a fundamentação devida e “engenhosos”, na iminência de transcenderem os limites de elaboração de direito pelo intérprete, mascarado de ativismo judicial.

Willis Santiago Guerra Filho, exteriorizando um padrão, menciona que “é preciso, então, implicar mais o sujeito encarregado da interpretação e aplicação das normas nesse processo, com sua vivência do drama que tem diante de si”⁵⁹.

⁵⁸ LEITE, Roberto Basillone. **O papel do juiz na democracia: ativismo judicial político X ativismo judicial jurisdicional**: 500 anos de autoritarismo e o desafio da transição para a democracia no Brasil contemporâneo. São Paulo: LTr, 2014. p. 27.

⁵⁹ GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbellini. **Teoria Política do Direito**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2013. p. 232.

Sobra, portanto, ampliado não só a autoridade do executante, assim também em sua atividade em situações deliberativas e interpretativas, demonstrando sua viabilidade e necessidade de relacionar institutos análogos ou complementares, especialmente na averiguação da eficiência dos preceitos constitucionais, sem apoiar-se, de um ato puramente de vontade.

3.3 O Ativismo Judicial como Interpretação Constitucional

A termo “ativismo judicial”, como já dito anteriormente, originou-se na doutrina norte-americana, conceituada pelo autor e historiador Arthur Shlesinger Jr.⁶⁰, este classificava os juízes da Corte Suprema como juízes ativistas com destaque na proteção dos direitos das minorias e das castas mais pobres, juízes campeões da autorrestrição, garantidores de direitos relacionados a liberdade e representantes da estabilidade das forças, inserindo o ativismo justamente como antagonista da autorrestrição judicial, em observância a ótica que os julgadores têm como referência a função judicial.⁶¹

Na doutrina norte-americana, a discursão sobre o ativismo judicial progrediu, em contradição ao ideal do passivismo, enraizado nas duas nuances da interpretação: o “originalismo” e o “textualismo”⁶². De acordo com Elival da Silva Ramos, o “textualismo” ou “literalismo”, estende-se a teoria que requer que toda interpretação constitucional considere apenas o texto da Constituição, e, no que tange ao “originalismo”, acima da linguagem textual, o significado que os constituintes ou as ratificações pretenderam dar ao texto.

Em contrapartida o “não interpretativismo” ou o *construction*, fragmenta-se também em variáveis incorporadas em dois seguimentos. O “conceitualismo” identifica que a sociedade avança e a lei modifica-se, conseqüentemente transformando a conceituação da Constituição. O “simbolismo” pode ser determinado pelo esforço de servir-se das pretensões fundamentais da tradição e história norte-americanas, estabelecidas pela Corte, “para determinar a constitucionalidade das ações das diferentes ramificações políticas do governo”.⁶³

⁶⁰ SCHLESINGER JUNIOR, Arthur. *apud*. TASSINARI Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da atuação do Judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 25.

⁶¹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **A Evolução do Ativismo Judicial na Suprema Corte Norte-Americana**. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro nº 60, abr./jun. 2016. p. 63.

⁶² RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 129.

⁶³ *Idem*. **Op. Cit.** p. 131.

Em virtude do longo debate hermenêutico disposto pela jurisdição constitucional norte-americano, Elival da Silva Ramos analisa que a incerteza do termo “ativismo judicial” cabe para qualificar qualquer categoria de não “interpretativismo”, mesmo que não discorde dos pressupostos pelos positivistas, sem contar a carga qualitativa obtida, que pode ser negativa ou positiva, em concordância com a perspectiva teórica de quem efetua o parecer das deliberações judiciais.⁶⁴

Auferido da sua conjuntura original e conduzido para o contexto nacional, o sentido dubio do termo não apenas perseverou como se aprofundou. A expressão “ativismo judicial”, nessa conjuntura, tem adequando-se tanto para valorizar uma conduta ativa do juiz, quanto para censurar esse mesmo comportamento. Isto posto, e sem omitir a essência de inúmeras concepções intermediárias, duas leituras, ou utilizando-se da terminologia anterior, dois pontos de vista diferentes sobressaem-se: de um lado, reunindo pressupostos abordados pelos apoiadores da posição ativa, o ponto de vista positivo, e, de outro lado, condensando as alegações contrárias, a interpretação negativa.

No entendimento positivo, o comportamento proativo do juiz pode ser considerado como exercício funcional necessário e oportuno, objetivando garantir a primazia da Constituição. A salvaguarda do ativismo, no que lhe diz respeito, é frequentemente assistida pela legitimação de entendimentos inclusos pelo denominado “neoconstitucionalismo”, tais como a averiguação da preponderância dos princípios acima das regras, além de haver uma “nova hermenêutica”, permitindo o juiz a conduta de “boca da lei”⁶⁵.

Já no ponto de vista negativo, o ativismo judicial é rebaixado como “ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional”⁶⁶, declinando o juiz para o voluntarismo ou o decisionismo judicial. Ao passo que a ótica positiva do ocorrido normalmente se segue pela admissão de pressupostos neoconstitucionalistas, por outro lado, a visão negativa costuma despontar entre os censuradores dessa vertente, fortalecida pela proteção da autorrestrição ou autocontenção judicial, como maneira de evitar alterações na execução da especialização funcional.⁶⁷

Sem o detrimento dessa visível contradição é necessário ressaltar que tanto os que censuram como os que elevam o ativismo mostram-se ter a intuição presumida de que o ativismo expõe um apartamento dos juízes no campo do que seria ou poderia ser o previsto nas

⁶⁴ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 131.

⁶⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 276.

⁶⁶ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 116.

⁶⁷ *Idem. Op. Cit.* p. 131.

suas obrigações habituais. Os que aprovam, outorgam ao ativismo qualidades saneadoras de equívocos, ao passo que os recusam, falam em rompimento do princípio da partição dos poderes o que gera prejuízo ao Estado Democrático do Direito.

Estabelecendo comparações com a judicialização, o ativismo judicial também pode ser detalhado em categorias e formas diferentes.

No tocante às formas, com alusão ao objeto de atuação judicial, ou seja, a matéria sobre as quais os juízes e tribunais deliberam, seria possível dividir o “ativismo substantivo ou material”, que se trata da materialização de direitos, essencialmente de direitos considerados como direitos fundamentais, através de provisões de natureza final, no caso, os acórdãos e sentenças. O “ativismo adjetivo ou processual”, mais concernente ao fato de como os processos se manifestam nos juízes e seus tribunais, com o propósito de transformar a jurisdição em algo mais célere ou eficaz.⁶⁸

Com relação as categoriais, tendo como orientação a própria performance judicial, qualificando que o ativismo pode simbolizar tanto a ampliação quanto a atenuação do desígnio de atividade material e processual dos tribunais e seus juízos, seria razoável evidenciar o ativismo de expansão ou usurpação, que ocorre pela indicação da competência judicial em prejuízo das demais, o “ativismo de retração ou autorrestricção”, dar-se pela renúncia de faculdade de exercício que, originalmente, teria sido cativada pelo próprio ordenamento jurídico.⁶⁹

Tendo em vista essa obscuridade, em um trabalho relativo ao tema, Carlos Alexandre de Azevedo Campos, sugere o estudo do fenômeno do ativismo judicial baseando-se em variadas dimensões, que podem assim, serem chamadas de dimensão estrutural ou horizontal, dimensão metodológica, dimensão de direitos, dimensão processual e a dimensão antidualógica.⁷⁰

A dimensão horizontal ou estrutural, que se manifesta pela ingerência constante ou resoluta dos juízes e tribunais sobre as deliberações preliminarmente tomadas pelos operadores dos outros poderes, ou então, pela intercessão dos juízes e tribunais nessas deliberações e de como eles vem agindo de forma livre em searas tipicamente ocupadas apenas pelos outros agentes políticos.

⁶⁸ ANDRADE, Paulo Sérgio Souza. *apud*. VIARO. Felipe Albertini Nani. **Interpretação Constitucional do Brasil**. São Paulo: Escola Paulista de Magistratura. 2017. p. 240.

⁶⁹ TAVARES, André Ramos. *apud*. VIARO. Felipe Albertini Nani. **Interpretação Constitucional do Brasil**. São Paulo: Escola Paulista de Magistratura. 2017. p. 240.

⁷⁰ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 276.

A dimensão metodologia do ativismo, corresponde-se com o “modo de interpretar os dispositivos constitucionais ou legais, expandindo ou reduzindo os significados para além ou aquém dos sentidos mais imediatos e compreensíveis, e, às vezes, até mesmo contra esses sentidos”⁷¹, aventurando-se a se envolver de forma ativa e criativa na concepção da ordem jurídica.

No tocante a dimensão do ativismo judicial de direitos ou dimensão dos direitos, este se destina ao progresso dos conceitos de liberdade e igualdade social acerca dos poderes públicos, delimitando os contornos de atuação fiscalizatória, regulatória e punitiva do Estado (dimensão de defesa ou negativa) ou intercedendo em ações tuteladas pelo Estado e em decisões de políticas públicas (dimensão prestacional ou positiva), de forma que tais condutas não excedam o papel de controle do estado sobre o indivíduo, bem como não seja omissa ao ponto de impedir que o indivíduo usufrua dos direitos que socialmente lhe foram garantidos.⁷²

Na dimensão processual, é apresentada pela expansão do campo de execução e da serventia dos processos constitucionais colocados ao seu dispor, acima de tudo pela expansão nos casos de acolhimento das ações e dos recursos, da mesma maneira que seus efeitos, o que, quando processado pelas instâncias superiores, finda alastrando consequências sobre a autonomia de performance de instâncias ordinárias.

A dimensão antidialógica, pela consolidação dos tribunais, mas, acima de tudo, da corte constitucional, não meramente como últimos intérpretes da Constituição, mas sim como únicos e distintos, em prejuízo de todos os outros, encerrando as possibilidades de discussão em torno de um certo assunto constitucional, em outros termos, impossibilitando um debate institucional.

Por fim, nota-se que esse tratamento multidimensional possibilita discernir que estas dimensões, ainda que conceitualmente divergentes, podem ocorrer de forma ordenada, de maneira que “o ativismo pode servir a propósitos de restrição judicial ou, ao contrário, desenvolvimentos restritivos podem servir a propósitos ativistas”⁷³, alternando deliberações ativistas de meio e deliberações ativistas de resultado.

Feitas essas ponderações e levando em conta a maneira como a discussão tem se apresentado na literatura outrora popularizada, é de mais valia acompanhar o entendimento

⁷¹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 276.

⁷² VIARO, Felipe Albertini Nani. **Interpretação Constitucional do Brasil**. São Paulo: Escola Paulista de Magistratura. 2017. p. 240.

⁷³ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo - **Dimensões do ativismo judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 276.

mais restrito acerca do ativismo judicial, que serve para reproduzir o funcionamento da obrigação jurisdicional fora do prognóstico trazido pelo ordenamento jurídico, no que compete, institucionalmente, ao Poder Judiciário executar, sendo válido ressaltar que “um juiz ou tribunal pratica ativismo quando decide a partir de argumentos de política, de moral, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrados)”⁷⁴.

3.4 O Ativismo Judicial da Corte Norte Americana

Conforme já citado, o posicionamento ativista a ser considerado como um fenômeno judicial passível de estudo, decorre da jurisprudência da Suprema Corte norte-americana quando esta criou o controle judicial de constitucionalidade das leis federais. Segundo este posicionamento, até a primeira metade do século XX, o ativismo da Suprema Corte teria sido natureza conservadora, amparando questões como a segregação racial.

As mudanças de posicionamento se verificaram a partir da segunda metade daquele século, sob a presidência de E. Warren (1953-69) e durante os primeiros anos da Corte W. E. Burger (até 1973), momento em que a corte produziu uma série de jurisprudências progressistas no concernente a direitos fundamentais, em especial em questões raciais.

Em tempos atuais, com base em novas dimensões dos direitos fundamentais, tratados internacionais de direitos humanos e neoconstitucionalismo, é mais perceptível que os tribunais adotem posturas progressistas e garantistas. Contudo, a história da corte norte-americana é a prova de que o posicionamento conservador pode se fazer prevalecer de forma ativa, impondo riscos a evolução social que alguns grupos almejam ainda que judicialmente.

3.4.1 O Ativismo Judicial Progressista

A declaração de independência do Estados Unidos da América em 1776, desfez os vínculos entre as treze colônias Norte Americanas e a Inglaterra, resultando em um acontecimento inesquecível para o país que tiveram os frutos ideológicos carregados até hoje pela nação, sendo estes a liberdade, direito a vida e a procura de felicidade. Para que todos os

⁷⁴ STRECK, Lenio Luiz - **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 586.

cidadãos tivessem esses direitos assegurados foram instituídos os governos, evidenciando sua autoridade justa do consenso dos governados e independente da forma de governo que tente ferir tais ideais, é um direito do povo aboli-lo e instaurar um novo governo, tendo como pilares centrais os direitos supracitados.⁷⁵

Sabe-se que esta ambição norte-americana com cariz humanista e democrática, objetivou em uma onda social que inundou o Poder Judiciário, imprimindo em suas decisões, ora uma postura que manifestava um viés fortemente progressista, outras vezes um posicionamento pouco mais conservador, deixando uma marca exemplar em sua história. Assim, consagrou-se na Suprema Corte um nítido paradoxo entre esses dois seguimentos, eram estes os *Chief Justices Warren (judicial activism)* e os *Rehnquist (judicial self-restraint)*, estes prolataram decisões que deixaram a comunidade científica e jurídica atônitos.⁷⁶

O direito norte-americano adota um sistema que tem a política e o direito entrelaçados. Sobre isso, o Ministro Robert Jackson evidenciou, em um estudo desenvolvido por Roberto Rosas, que com o advento de uma sociedade que vivem em constante mutação, o equilíbrio torna-se algo frágil, então, sem ultrapassar os limites de suas competências, a Suprema Corte deve se esforçar para manter o sistema de compensações que sustentam um governo livre. Ele ainda ressalta que, estes contrapesos e controles devem ser pertinentes à sua cultura e entendimento de liberdade, deixando fora de questão o que é levado em consideração mundo a fora.⁷⁷

Aqui é necessário saber que o formalismo e o legalismo guiam esta cultura, tendo uma pré-disposição a ter condutas reacionárias, aplicadas também no meio jurídico. Essa inclinação foi muito contestada no corpo do voto vencido de Oliver Wendell Holmes Jr., um *Justice* da Suprema Corte norte-americana, no caso *Lochner vs. New York* em 1905. O caso em tela, discutia se era legal ou não a lei que delimitava o horário de trabalho dos pedreiros, este julgamento teve o apoio da maioria dos votos na liberdade contratual, adotando um caminho altamente liberal. Entretanto, um voto sobressaiu-se dos demais, pois visava a preocupação com a saúde do trabalhador como um bem maior que deve ser defendido com primazia, destacando-se sobre o formalismo econômico do contrato legal, como destaca parte o voto, este diz:

“Eu sinceramente sinto muito que não possa concordar com a maioria nesse caso. Penso que tenho obrigação de expressar minha discordância. Esse caso é decidido com base em teoria econômica em relação à qual boa parte do país não concorda. Se

⁷⁵ COOLEY, Thomas M - **Princípios gerais de direitos constitucional nos Estados Unidos da América**. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell, 2002. p. 22.

⁷⁶ VITÓRIO, Teodolína Batista da Silva Cândido. **Ativismo Judicial: uma nova era dos direitos fundamentais**. São Paulo: Baraúna, 2013. p. 209.

⁷⁷ ROSAS, Roberto. **Suprema Corte Americana: acompanhamento da realidade política e economia**. Arquivos do Ministério da Justiça, ano 49, n. 187, jan. – jun. 1996, (p.91-110). p. 94.

fosse questão de concordar com essa teoria, eu deveria estudá-la mais profundamente, antes de formar convicção. Mas acho que não é a minha obrigação, porque acredito que minha concordância ou discordância é independente do direito que a maioria tem de expressar suas opiniões, fazendo leis (...). Proposições gerais não decidem casos concretos(..). Um homem razoável deve pensar que essa lei é medida adequada para a manutenção da saúde (...).”⁷⁸

Como resultado deste formalismo e positivismo exacerbado, predominante no direito norte-americano, houveram outras decisões que abalaram de forma alarmante as bases da Corte Suprema. O caso Dred Scott é considerado o caso de veredito mais constrangedor da história jurídica do Estados Unidos da América, pois fez-se claro que os juízes foram extremamente formais e prejudicaram o padrão de valores do Direito.

Henry Crosby Allen⁷⁹ expõe sobre este caso esclarecendo que, Dred Scott foi escravo do médico John Emerson e se estabeleceu no estado de Illinois por um período, pois esta havia sido uma das regiões onde aboliu-se a escravidão, graças ao Tratado de Missouri, que foi sancionado por meio de um consenso entre os Estados-Membros, sendo que este determinava as áreas aonde seriam permitidas a prática de escravidão.

Como Dred Scott morava em um Estado não escravista recaía sobre si a regra “*once free, always free*” (uma vez livre, para sempre livre). Em 1850, o médico John Emerson, que havia sido seu senhor, veio a falecer. Consequentemente, Dred Scott buscou o devido processo legal para que tivesse sua liberdade declarada, que fora decretada pelo Juiz “*a quo*”, como direito adquirido (*vested rights*). Entretanto, esta sentença teve seu efeito anulado pela Corte Suprema do Estado de Missouri.⁸⁰

Como a viúva de John Emerson casou-se novamente, Dred Scott ficou como título de herança para seu irmão, John Sandford. Em Nova York, cidade onde morava seu no senhorio, Dred Scott entrara com uma nova ação para pleitear sua liberdade. De forma atroz, a defesa de John Sandford argumentou que como Dred Scott era negro, não poderia ser reconhecido como cidadão, o que resultava na falta de legitimidade para ingressar com aquele tipo de ação, além disto, foi endossada a decisão dado pelo tribunal de Missouri, que havia sentenciado Dred Scott como escravo.⁸¹

Obviamente Dred Scott recorreu a Corte Suprema, que negou sua pretensão com um manifesto expresso de discriminação e racismo, onde o *Chief Justice* Roger Taney se

⁷⁸ GODOY, Arnaldo Sampaio de Maraes. *apud.* VITÓRIO. Teodolina Batista da Silva Cândido. **Ativismo Judicial: uma nova era dos direitos fundamentais**. São Paulo: Baraúna, 2013. p.210.

⁷⁹ ALLEN, H. C. *apud.* VITÓRIO. Teodolina Batista da Silva Cândido. **Ativismo Judicial: uma nova era dos direitos fundamentais**. 1ª ed. São Paulo: Baraúna, 2013. p.211.

⁸⁰ *Idem. Op. Cit.* p. 212.

⁸¹ *Idem, Ibidem.*

destacou. A Corte esboçou o entendimento de que negros eram objetos de propriedade, coisas, podendo ser comercializados, sendo imparcial ao período da pré e pós Independência e Constituição, porque ali deveria ser garantido o direito de propriedade do senhorio. Por conseguinte, fez entender que o Congresso não tinha qualquer competência para tratar de assuntos que competissem a escravidão, por esta se tratar de um assunto comercial o Estado não poderia limitar a prática ou a sua área de atuação.

A decisão repugnante gerou ódio coletivo, fazendo com que o sustentáculo da política histórica norte-americana ficasse gravemente abalados. Resultando em ameaças e levantando as primeiras fagulhas do que viria ser a Guerra Civil (1860/1865), ali foi balizado os antiescravagistas e os escravocratas, ali se encontravam seres humanos em sua essência e plenitude, que não eram considerados cidadãos por serem negros, sendo renegados a uma condição desprezível de coisa ou um objeto ignóbil de negociação e exploração alheia, como salientou Burt.⁸²

Mesmo com a Emenda nº 13 de 1865, que decretou o fim da escravidão, a cultura separatista persistia, nesta época ficou consolidada a cultura do “Iguais, porem separados” (“*separate but equal*”). Ocorrendo situações como, pessoas de raças diferentes foram proibidas de celebrar suas núpcias em alguns Estados. A presença de negros foi proibida em transportes públicos, escolas, teatros, cinemas, restaurantes, etc. É possível neste momento, relembrar do caso de Homer Plessy, um homem mulato que se sentou no setor do trem destinado aos brancos em Lousiana, sendo ele detido e processado. Quando recorreu a Suprema Corte, esta de forma execrável, concluiu que a teoria do “Iguais, porem separados” não feria a Constituição. De forma louvável, deve ser relembrado o voto vencido o Juiz John Marshall Halan, que declarou que “A constituição era cega para questões de cor (*blind color*), desconhecendo e não tolerando classes distintas entre seus cidadãos”.⁸³

São nessas circunstâncias que surge a doutrina conhecida como Ativismo Judicial, se destacando das entranhas formalistas da Suprema Corte norte-americana, tendo a Corte de Warren um destaque expressivo no período de 1953 a 1969, adotando vieses fortemente progressistas e expressivos, vindo a ser base sólida para gerações futuras e refletindo até mesmo, em outros universos jurídicos.

⁸² BURT, Robert. *apud*. VITÓRIO. Teodolina Batista da Silva Cândido. **Ativismo Judicial: uma nova era dos direitos fundamentais**. São Paulo: Baraúna, 2013. p.213.

⁸³ GODOY, Arnaldo Sampaio de Maraes. *apud*. VITÓRIO. Teodolina Batista da Silva Cândido. **Ativismo Judicial: uma nova era dos direitos fundamentais**. São Paulo: Baraúna, 2013. p.213.

Posteriormente, a corte teve como protagonista principal, o então governador da Califórnia, Earl Warren, que recebeu seu título de *Chief Justice* em 05/10/1953, ele por sua vez, era dono de ideais altamente progressistas. A Corte que recebera seu nome, dispõe de julgamentos inesquecíveis.

E aqui podemos expor o caso de *Brown vs Board of Education of Topeka* em 1954, que acabou definitivamente com a teoria do “*o equal but separate*”, que imperou no caso *Plessy vs Ferguson*. Esse julgamento, decidiu que, obviamente, a segregação racial é um ato inconstitucional, ressaltando que se tratava do ensino público norte-americano. Veja o que diz parte do voto deliberado por Earl Warren:

“Hoje é a educação, talvez, a função mais importante dos governos estaduais e locais. Leis de comparecimento escola obrigatório e os grandes gastos feitos com a educação demonstram o valor que lhe atribui a nossa sociedade democrática. Ela é exigida para a execução de nossas responsabilidades públicas mais fundamentais, inclusive para a prestação de serviço nas forças armadas. É a base da boa cidadania. É, hoje, o principal instrumento para despertar o interesse da criança pelos valores culturais, de preparação para o treino profissional posterior e de adaptação normal ao seu ambiente. Atualmente, se for negada a uma criança a oportunidade de educar-se, dificilmente ela poderá vencer na vida. Quando o Estado se encarrega de prover tal oportunidade, a mesma constitui direito que deve ser acessível a todos, em igualdade de condições (...) Apesar de poderem ser iguais os fatores tangíveis, a segregação das crianças nas escolas públicas apenas por motivo racial priva-as dos grupos minoritários de iguais oportunidades educacionais (...) Separar algumas crianças de outras, de idade e qualificações semelhantes, devido apenas à sua raça, gera sentimento de inferioridade quanto ao seu status na comunidade, capaz de contaminar, de modo irreparável, se coração e espírito (...) A liberdade protegida pela cláusula *due process* é mais que a simples ausência de restrição corporal: estende-se a toda esfera de procedimento livremente escolhida pelo indivíduo e não pode ser restringida a salvo em vista de objetivos governamentais (...).”⁸⁴

A fúria instalou-se na sociedade, quando a decisão da Suprema Corte no caso *Plessy v. Ferguson* foi declarada. Como as escolas públicas foram proibidas de aplicar o *o equal but separate*, muitos Estados se utilizaram de manobras para que a decisão da Suprema Corte não os subjugassem, dessa forma muitas escolas públicas estavam se tornando particulares. Porém, em 1964, no caso *Griffin vs. School Board of Prince Edward Country*, essa manobra foi julgada como inconstitucional.

Posteriormente, foram relatados casos de diversos estudantes que tiveram suas matrículas rejeitadas em universidades, como o caso de Ada Lois Sipuel, que era estudante de Direito e teve sua matrícula negada na Faculdade de Oklahoma, ao recorrer sobre esta decisão a universidade foi obrigada a nomear três advogados para lhe dar aulas. A mesma Faculdade

⁸⁴ RODRIGUES, Leda Boechat. *apud*. VITÓRIO. Teodolina Batista da Silva Cândido. **Ativismo Judicial: uma nova era dos direitos fundamentais**. São Paulo: Baraúna, 2013. p.213.

após um tempo, aprovou a matrícula de C. W. McLaurin, em uma pós-graduação, o aluno foi obrigado a assistir as aulas em um local diferente dos demais alunos, fazer suas refeições em horário diferente e até mesmo a ocupar um lugar separado na biblioteca da faculdade. Obviamente, após recorrer judicialmente de tais medidas, estas foram abolidas.

Em 1953, quando assumiu a Suprema Corte, Warren fez com que os cidadãos voltassem sua atenção a assuntos renegados, que na verdade eram de extrema relevância. Este homem vinha desafiando as injustiças que aconteciam na sociedade liberal norte-americana da época. Pronunciou diversas decisões que concediam ao povo mais liberdade de atuação, por exemplo, no caso *Yates vs. United States*, que tinha como objeto principal a Lei Smith, que visava combater atos comunistas, Warren deu o veredito entendendo que a lei só deveria ser aplicada em casos de ataques agressivos ao governo e não contra possíveis manifestações ideológicas.

Diversas foram as decisões que tinham cunho ativista, porém é válido ressaltar que a Corte de Warren adotava esta linha pois tentava compensar as falhas que ocorriam no processo político democrático, que até então não tinha se estabelecido completamente. A Suprema Corte buscava cuidar dos sociais mais vulneráveis, objetivando incluir essas classes de forma que legitimasse a democracia, que foi sacralizada nos Estados Unidos da América.

3.4.2 O Ativismo Judicial Conservador

Não é novidade que o Estados Unidos da América normalmente adota um viés direcionado aos ideais direitistas e conservadores. Normalmente, tratavam os limites da política em assuntos como igualdade entre os cidadãos, assuntos religiosos, questões que envolviam a sexualidade do indivíduo, a inclusão de minorias nas universidades, liberdade de maneira geral (pessoal e de pensamento), legitimidade de pena e tratamentos preferenciais.

Em 1986, Rehnquist foi nomeado *Chief Justice* da Suprema Corte, este tinha uma postura totalmente diferente de Warren, era extremamente conservador e positivista. Interpretava a Constituição de maneira ortodoxa, o que levou a Corte a ter uma conduta mais voltada ao *judicial restraint*. Seu conservadorismo excessivo fez com que defendesse a segregação racial em escolas públicas; apoiou que fosse estipulado padrões mais severos para mulheres que quisessem fazer parte das forças armadas; admitiu que o estado do Arkansas, continuassem a deixar seus presos em situações deploráveis; recusou, no estado do Texas, que presos budistas mantivessem suas crenças e até mesmo recusou o seguro desemprego para

pessoas que eram Testemunhas de Jeová, no estado de Indiana, entre outras posturas totalmente abusivas.⁸⁵

Em um julgado de 1968, caso *Bowers vs. Hardwick*, Rehnquist foi contra a o direito de privacidade, assim como em outros casos que tinham como fundamento a tutela deste direito. Neste caso, alguns oficiais foram até a residência do o garçom Michael Hardwick para prendê-lo logo após saber que ele não havia pago a multa por ter ingerido bebida alcoólica em público, porém quando os policiais adentraram a sua residência, ele estava fazendo sexo oral em outro homem, e consequentemente foi preso e condenado por sodomia.⁸⁶

No estado da Geórgia a sodomia tinha como pena até vinte anos de reclusão. Quando foi processado, seu advogado questionou sobre seu direito constitucional à privacidade, mas a Corte Distrital não aceitou o argumento, após vários debates a Corte Federal de Apelações da Sétima Região decidiu que o direito à privacidade é fundamental, rechaçando a decisão anterior. Entretanto, quando o caso chegou a Suprema Corte, esta decisão foi derrubada, ficando decidido que em casos de sodomia a tutela do direito à privacidade não seria aplicada. Após 17 anos desta decisão, a Suprema Corte anulou o julgamento no caso *Lawrence vs. Texas*, porém o garçom já havia falecido.

Nas eleições de 1998, George Bush vs. Albert Gore, também fez parte da história da Corte *Rehnquist*. Foi esta corte quem impediu que os votos fossem contados manualmente no estado da Flórida, onde Gore destacava-se na candidatura, foram deixados para trás mais de 600 mil votos sem serem computados. Esta decisão chegou a ser considerada golpe judicial. Esse tipo de ativismo é considerado partidarismo político. O tribunal usou de seu poder para violar as eleições, dando a vitória ao candidato republicano e abafando a provável vontade do povo.

Desse modo, se demonstra que o posicionamento ativista das cortes judiciais pode adotar vertentes inesperadas, abandonando direitos e garantias fundamentais. Contudo, ainda que atualmente, tais práticas sejam incomuns, os próprios progressistas devem ficar de alerta com os posicionamentos ativistas, tendo em vista que a história demonstra atuações distintas conforme o momento vivido e a composição dos membros do Poder Judiciário.

Cabe ressaltar ainda que o ativismo como forma de proteção e garantia dos direitos fundamentais pode adotar vertentes pseudo-garantidoras. Ou seja, as cortes baseiam suas ações ativistas alegando a necessidade de garantia de direitos fundamentais, contudo, em hipótese de conflito entre direitos fundamentais, acabam suprimindo um ou outro direito. Por este motivo,

⁸⁵ VITÓRIO. Teodolina Batista da Silva Cândido. **Ativismo Judicial: uma nova era dos direitos fundamentais**. 1ª ed. São Paulo: Baraúna, 2013. p.233.

⁸⁶ *Idem. Op. Cit.* p. 239.

compreender as características e concepções dos direitos fundamentais é requisito fundamental para analisar a atuação judicial em defesa dos mesmos.

CAPÍTULO 4

ATIVISMO JUDICIAL E A GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

4.1 Histórico e Concepções: As dimensões dos Direitos Fundamentais

Os direitos e garantias Fundamentais estão elencados na Constituição Federal da República Federativa do Brasil em cinco capítulos, reunidas desta maneira: Capítulo I trata dos direitos individuais e coletivos, Capítulo II direitos sociais, Capítulo III direitos de nacionalidade, capítulo IV direitos políticos e no Capítulo V direitos relativos à atuação em partidos políticos e a existência e organização.

Por sua vez, na Constituição da República de Portugal de 1976, as situações jurídicas fundamentais das pessoas, podem ser traduzidas como direitos fundamentais, sendo estes reconhecidos nos artigos 24 a 79 da Constituição ou que sejam como tais admitidas na lei fundamental por força dos artigos 16 e 17 da Constituição. Sendo que os direitos, liberdades e garantias são, formalmente, aqueles previstos nos artigos 24 a 57 da Constituição (título II da parte I, capítulos I, II e III da parte 1).

José de Melo Alexandrino⁸⁷ divide os direitos supracitados em direitos, liberdades e garantias pessoais (correspondente ao capítulo I do título II da parte I da Constituição – a esfera pessoal – artigos 24 ao 47); direitos, liberdades e garantias de participação política (capítulo II – a esfera política – artigos 48 ao 52) e direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores (capítulo III – a esfera laboral – artigos 53 ao 57).

A descrição do posicionamento jurídico aonde se encontra os direitos fundamentais é importante para demonstrar o resultado da sua evolução histórica, contudo, antes mesmo de analisar o seu enquadramento, se faz necessário observar suas origens, sendo estas as únicas capazes de responder pelo caminho trilhado para sua efetiva construção.

Os direitos fundamentais carregam um processo evolutivo que demonstra um sistema de valores e uma percepção de mundo que engloba suas características de mutação. Entretanto, é necessário observar a natureza jurídico-política destes direitos, sendo que para tanto, utiliza-se teorias jurídicas ou compreensões prévias dos direitos fundamentais, observando que estas teorias são apenas ferramentas de construção, interpretação e sistematização jurídica. Nas palavras de Jorge Miranda, destacam-se sete principais teorias que são utilizadas para conduzir esses direitos:

⁸⁷ ALEXANDRINO, José de Melo. **A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa**. Volume II. Coimbra: Almedina, 2006. p. 30-31.

“a) teoria liberal tende a reconduzir os direitos fundamentais a direitos de autonomia e de defesa, individuais e fortemente subjectivados; b) a teoria institucionalista tende a reconduzi-las ou a inseri-las em instituições, em enquadramentos objetivos e funcionais; c) teoria conservadora tende a subordinar a liberdade individual à autoridade e à tradição, bem como a realçar a integração do indivíduo em corpos intermediários, com funções específicas; d) a teoria dos valores dos valores tende a identifica-los com direitos de participação, ligados à realização da democracia e à conformação por ela da vida coletiva; e) a teoria democrática tende a identifica-los com direitos de participação, ligados à realização da democracia e à conformação por ela da vida coletiva; f) a teoria social tende a afirmar a dimensão social e positiva de todos os direitos, inclusive as liberdades, e a salientar a natureza de direitos subjectivos dos direitos sociais; g) a teoria socialista marxista tende a realçar a dimensão econômica e concreta de todos os direitos, a dependência das condições materiais do seu exercício e a sua necessária adstrição à estrutura da sociedade.”⁸⁸

No final do Século XVIII, surgem os direitos individuais por meio das declarações de direitos na França e nos Estados Unidos, estes são entendidos como intrínsecos do homem e oponíveis ao Estado. Para Alexandre de Moraes a origem destes direitos “pode ser apontada no antigo Egito e Mesopotâmia, no terceiro milênio a.C., onde já eram previstos alguns mecanismos para proteção individual em relação ao Estado.”⁸⁹ O autor expõe o Código de Hamurabi como sendo o primeiro conjunto de leis a evidenciar um rol de direitos iguais a todos os homens, tais como vida, a propriedade, a honra, a dignidade, a família, igualdade, bem como a existência de uma supremacia das leis que submetessem os governantes à sua aplicação.

Na sociedade grega e romana, no período da Antiguidade, a liberdade não era tida como um direito autônomo, o indivíduo que era capaz de interagir com a política, as artes ou a religião eram considerados livres, pois mostravam a capacidade de se integrar ao Estado. É importante destacar que a Lei das XII Tábuas aclamou as liberdades individuais, protegendo a classe mais oprimidas, os plebeus, contra o Estado.

A Inglaterra Medieval, apesar de ter sua história marcada pela concessão de privilégios dados a Igreja, também contribuiu para os direitos universais, mesmo que na época não fossem reconhecidos como tal, e nem tivessem grande expressão. Exemplos destas realizações são, a Magna Carta *Libetatum*, de João Sem Terra, que obrigava o respeito a direitos como a administração da justiça, à vida e trazia garantias ao processo criminal; a *Petition of Rights* de 1628, esta exigia respeito ao princípio do consentimento na tributação, bem como que houvesse um julgamento em casos de privação da liberdade e propriedade, sendo esta assinada

⁸⁸ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 6ª. ed. Coimbra: Coimbra Editora, t.4; 1997. p. 46-48.

⁸⁹ MORAES, Alexandre de. *apud* CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição, Direito Constitucional Positivo**. 17ª. ed., ver. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 596.

por Carlos I, e por fim, o *Habeas Corpus Amendment Act* de 1679, assinado por Carlos II e o *Bill of Rights* de 1689, firmado por Guilherme de Orange.⁹⁰

Mas somente no ano de 1789 com o advento da Revolução Francesa que os direitos fundamentais se tornaram universais. Neste momento surge a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, na França, que estabelecia a separação de Poderes, a garantia dos direitos fundamentais e a permanência dos direitos naturais e imprescritíveis.

Em 1776 os Estados Unidos também reforçam estas garantias em seu país, os estados percursores foram Virgínia, Maryland e a Pensilvânia. Já no ano de 1791 foram aprovadas as dez primeiras emendas à Constituição de 1787. Analisando este contexto histórico, pode-se dizer que os direitos de primeira geração são os que abarcam os direitos individuais e os direitos políticos, com caráter negativo por exigirem diretamente uma abstenção do Estado, seu principal destinatário.

Três elementos se fazem necessários para que os direitos fundamentais se manifestem, sendo eles, um Estado moderno, que dá importância efetiva, garantindo que serão cumpridos, assim, limitando o poder em face do indivíduo; o indivíduo, sendo este autossuficiente, capaz de fazer valer sus direitos perante a sociedade e o próprio Estado; e por fim, o texto normativo capaz de regulamentar as relações entre os indivíduos e o Estado, equipado de hegemonia e tenha validade em toda extensão nacional, declarando e garantindo determinados direitos fundamentais.

Após a Primeira Guerra Mundial surge a ideia de Estado Social, onde os direitos fundamentais sofrem grande alterações com limitações aos direitos de propriedade, possibilitando ao Estado ter um domínio econômico e social que atendesse à sua função social. Desta maneira, o Estado assume a posição ativa, sendo obrigado a assegurar direitos como moradia, alimentação, habitação, segurança social e outros.

Países que sofreram com o totalitarismo, buscavam a igualdade material como forma de liberdade, tendo a forma transpersonalista como concepção predominante de direitos fundamentais.⁹¹ Assim sendo, nota-se o surgimento dos direitos fundamentais de segunda geração, sendo estes, os direitos culturais, econômicos e sociais. Desta forma, diferentemente dos direitos de primeira geração, que se exige a não intervenção estatal, nos direitos de segunda geração, o Estado tem a responsabilidade de propiciar condições para a concretização dos ideais de dignidade humana no convívio social.

⁹⁰ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição, Direito Constitucional Positivo*. 17ª. ed., ver. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 597.

⁹¹ *Idem. Op. Cit.* p. 599.

Com o fim da Segunda Guerra mundial, os princípios ligados a dignidade da pessoa humana ganharam mais força, ocasionando a movimentação mundial a favor da internacionalização desses valores. Dando início a terceira geração de direitos fundamentais, que são conhecidos como direitos de solidariedade e fraternidade que englobam o direito ao meio ambiente equilibrado, qualidade de vida saudável, à paz, ao progresso, à autodeterminação dos povos e a outros direitos difusos.⁹² Nesse sentido, atribui-se a primeira geração os direitos de liberdade, a segunda, os direitos de igualdade, e a terceira os direitos de fraternidade, assim, completando o lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade.

Atualmente vislumbram-se vários textos constitucionais que mostram repúdio por seus regimes anteriores, afastando-se das ferramentas jurídico-constitucionais de dominação. Alguns desses exemplos são: a Constituição brasileira de 1988, que enfrentou a ditadura militar; a Lei Fundamental alemã, que enfrentou anteriormente o totalitarismo nazista; a Constituição Espanhola de 1978, que passou pela ditadura franquista; a Constituição Portuguesa de 1976 após enfrentar o regime autoritário salazarista.⁹³

Verificam-se alguns exemplos de tratados que trazem aplicabilidade e efetividade a esses direitos, como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, que foi adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 16 de novembro de 1966, a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos de 1981 que dispõem sobre o direito à paz, esta última abrangendo as relações internacionais e a solução pacífica de conflitos. Podemos falar também ao Pacto sobre o Patrimônio Universal de 1972 e ao Pacto sobre a Diversidade Biológica de 1992, ou mesmo a Carta de Direitos e Deveres Econômicos dos Estados, que foi ratificada pela ONU em 1974, com o objetivo de regulamentar a exploração do fundo do mar e subsolo, demonstrando todo cuidado com ao patrimônio comum da humanidade.

Os direitos de terceira geração também são chamados de direitos humanos globais, tendo em vista que dizem respeito às condições de sobrevivência de toda humanidade e do planeta em si considerado, englobando a manutenção da biodiversidade, o desenvolvimento sustentado, o controle da temperatura global e da integridade da atmosfera.⁹⁴

Atualmente tem-se mencionada os direitos de quarta e quinta geração, o primeiro versa sobre os direitos das minorias, englobando o direito ao pluralismo e à informação, nesse viés é importante ressaltar a cidadania digital, na sociedade atual a informação é a principal

⁹² CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição, Direito Constitucional Positivo**. 17ª. ed., ver. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 599.

⁹³ SILVA, Jorge Pereira da. Deveres do estado de proteção de direitos fundamentais: **Fundamentação e Estrutura das Relações Jusfundamentais Triangulares**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015. p. 67-68.

⁹⁴ WEIS, Carlos. **Direitos humanos contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 42.

fonte de riqueza, para tanto é preciso proporcionar produtos e serviços de qualidade para as regiões que são menos desenvolvidas, diminuindo a distância entre info-pobres e info-ricos, além de garantir direito à privacidade e a informação.⁹⁵

Os direitos de quinta geração, ainda em desenvolvimento, tratam do amor e cuidado por todas as formas de vida. José Adércio Leite Sampaio demonstra que “reconhecendo-se que a segurança humana não pode ser plenamente realizada se não começarmos a ver o indivíduo como parte carente do cosmos”, ele reforça que esses direitos vêm para “impedir a tirania do estereótipo da beleza e medidas que acabam por conduzir a formas de preconceitos com raças ou padrões considerados inferiores ou fisicamente imperfeitos.”⁹⁶

Nota-se claramente que está se montando um cenário com uma nova concepção de humanismo, onde se cria uma visão do mundo voltada para o social, onde há interação com a ciência e a tecnologia sem a necessidade de abrir mão da ecologia e da solidariedade.

Está linhagem de direitos também impõe desafios ao Estado como, combate a degradação ambiental, a criação de direitos fundamentais para a proteção do meio ambiente, o tratamento dado ao multiculturalismo concomitantes com os direitos de defesa das minorias e o progresso ecológico.⁹⁷

Por fim, é necessário ressaltar que os direitos fundamentais têm as seguintes características: imprescritibilidade, não podendo ser anulados em decorrência do tempo; inalienabilidade, ou seja, são direitos indisponíveis, por isso são únicos para cada indivíduo; irrenunciabilidade, a pessoa não poderá abrir mão deles; universalidade, ultrapassa qualquer limite territorial, abrangendo todo e qualquer indivíduo; interdependência, ocorre quando um direito fundamental precisa de outra norma ou lei para atuar de forma plena e eficaz; inviolabilidade, todos os atos de autoridades públicas ou leis infraconstitucionais devem respeitar os direitos fundamentais; efetividade, o Estado deve atuar de modo que sempre garanta a efetivação dos direitos fundamentais; relatividade, estes não são direitos absolutos; complementaridade, não devem ser interpretados de maneira isolada e se de forma conjunta com outras normas afim de alcançar os objetivos previstos pelo legislador.⁹⁸

⁹⁵ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição, Direito Constitucional Positivo**. 17ª. ed., ver. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 600-601.

⁹⁶ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais: retórica e historicidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 302.

⁹⁷ GOUVEIA, Jorge Bacelar. **As constituições dos estados de língua portuguesa**. v.1.Coimbra: Almedina, 2005. p. 255.

⁹⁸ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 16. ed. São Paulo: Método, 2017. p. 96-97.

Para a classificação dos direitos fundamentais podemos utilizar mais três concepções: concepção subjetiva, ela ocorre quando o detentor de um direito está disposto a enfrentar o Estado para garanti-lo, desta forma este elemento está ligado aos direitos de proteção e exigência de prestação; concepção objetiva, neste caso o Estado deve promover de forma sistemática a proteção dos direitos fundamentais, criando mecanismos para que o indivíduo consiga usufruir destes, para garantir a eficácia o Estado poderá atuar também nas relações particulares; concepção formal, aqui é aonde ratifica-se o valor máximo deste direitos, pois ocorre a materialização dos mesmos, ganhando desta forma o mesmo valor que a Constituição.⁹⁹

4.2 Tipos de eficácias

Historicamente, as relações entre particular e o Estado são reguladas pelos direitos fundamentais, seja quando o texto constitucional demandava ao Estado uma obrigação de não fazer (de não interferir na esfera da individualidade das pessoas), seja quando impunha uma obrigação de fazer (como na garantia de direitos sociais, por meio dos quais o Estado tem o dever de garantir moradia, educação, etc.). Essas são as chamadas relações verticais. Tal denominação é resultado da percepção de que o Estado se encontra acima do particular, de tal forma que os Direitos devem ser opostos de maneira vertical, impedindo com que o Estado ultrapasse os limites impostos pela Constituição, rompendo com os direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

Partindo desta premissa inicial, cabe indagar se as normas constitucionais garantidoras de direitos, liberdades e garantias, deveriam também ser impostas às pessoas privadas (individuais ou coletivas), quando colocarem em risco os direitos fundamentais destes mesmos sujeitos.

A teoria mais conservadora (teoria do state action), não reconhece a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Como exemplo, a *State Action Doctrine*, doutrina norte-americana, entende que os direitos fundamentais impostos pela Constituição dos Estados

⁹⁹ GOUVEIA, Jorge Bacelar. **As constituições dos estados de língua portuguesa**. v.1.Coimbra: Almedina, 2005. p. 255.

Unidos, tais como os previsto na 1ª Emenda¹⁰⁰ e na Emenda 14¹⁰¹, não poderiam ser aplicadas nas relações entre particulares. As exceções estariam relacionadas apenas à atribuição de uma função pública a um particular, ou seja, caso um particular estivesse exercendo uma função pública, os direitos fundamentais violados poderiam ser oponíveis a este particular delegado a exercer tal função.

No Brasil, aceita-se com certa tranquilidade a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, todavia, sua aplicação exige cautela, tendo em vista que pode ferir a autonomia da vontade, princípio este que rege as relações privadas. A prova de que a aplicação dos direitos fundamentais se dá de forma distinta, é o fato de que o Estado se vincula a certos dispositivos constitucionais, como a igualdade, publicidade, moralidade e deles não pode se desassociar. Por outro lado, o particular tem no seu direito de liberdade, a garantia necessária para optar em suas escolhas, tornando-as discricionárias e não vinculadas. Um exemplo do fato supracitado, é a necessidade do Estado realizar um concurso ou licitação que não discrimine o acesso à homens ou mulheres. Ao contrário, o particular pode abrir uma vaga de emprego voltada especificamente para um ou outro, sem que lhe seja oponível o princípio da igualdade.

A Constituição Federal da República Federativa do Brasil não externa de forma clara no que concerne aos direitos fundamentais neste tipo de relação. Por outro lado, a Constituição Portuguesa mostrou de forma expressa como funcionaria, em seu artigo 18 ela declara que "Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas."¹⁰²

Quanto a aplicação da eficácia horizontal, ainda se discute se a mesma seria direta, ou seja, sem a necessidade de lei infraconstitucional que tenha o viés de regulamentar o exercício do direito constitucionalmente previsto, ou se seria indireta, necessitando desta regulamentação para sua aplicabilidade. A teoria que prevalece é a teoria de eficácia direta, esta

¹⁰⁰ **EMENDA I** O Congresso não legislará no sentido de estabelecer uma religião, ou proibindo o livre exercício dos cultos; ou cerceando a liberdade de palavra, ou de imprensa, ou o direito do povo de se reunir pacificamente, e de dirigir ao Governo petições para a reparação de seus agravos. A Constituição dos Estados Unidos da América. [Em linha] [Consult. 05 fev 2020] Disponível em: <http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/ConstituicaoEUARecDidaPESSOALJNETO.pdf>

¹⁰¹ **EMENDA XIV** (1868) Seção 1 Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas a sua jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiver residência, Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis. A Constituição dos Estados Unidos da América. [Em linha] [Consult. 05 fev 2020] Disponível em: <http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/ConstituicaoEUARecDidaPESSOALJNETO.pdf>

¹⁰² PORTUGAL. Constituição (1976). **Constituição da República Portuguesa**. 1976. [Em linha] [Consult. 05 fev 2020] Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>.

sustenta que os direitos fundamentais devem ser de imediata aplicação sobre as decisões de entes privados que usufruem de um relevante poder social, ou em prol de pessoas que vivem, em relação a outros, numa conjunção de primazia de fato ou de direito.¹⁰³

Por fim, além da eficácia vertical e da eficácia horizontal, parte da doutrina reconhece a eficácia diagonal dos direitos fundamentais. Segundo esta, a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre empregado e empregados não podem ser vistas de forma horizontal, pois não estão em pé de igualdade sob o ponto de vista econômico e jurídico. Tal perspectiva também pode ser reproduzida nas relações de consumo, quando o fornecedor passa a ter mais obrigações tanto fáticas como processuais, para equilibrar com as capacidades fáticas e processuais dos consumidores.

Compreender a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas é fundamental para contextualizar a atuação ativista do Poder Judiciário em tempos atuais, que prevê com tranquilidade a necessidade de garantia dos direitos individuais que possam ser obstados pelos próprios indivíduos destinatários. Neste novo cenário, verifica-se um campo maior para atuação do Poder Judiciário, que foge à relação particular-estado, e adentra no quase infinito rol de possibilidades de ofensa de direitos entre pessoas privadas, jurídicas ou não.

4.3 Direitos Fundamentais em espécie

O desenvolvimento das teorias dos direitos fundamentais em espécie se desenvolveu ao longo da história, prestigiando direitos e garantias que foram ameaçadas tanto pelo Estado como pelo próprio particular, conforme se vê na teoria da Eficácia Horizontal, já citada. A maioria dos direitos fundamentais de primeira geração acolhidos foram acolhidos tanto pelas Constituições Brasileiras como pela própria Constituição Portuguesa. Como exemplo, o *caput* do artigo 5º da Constituição Federal da República Federativa do Brasil, elenca cinco direitos fundamentais básicos, sendo os outros incisos desenvolvimento destes: direito à vida; direito à liberdade; direito à igualdade; direito à segurança e direito à propriedade. Estes direitos são válidos para qualquer pessoa que esteja em solo brasileiro e submetida as leis deste país, mesmo que o indivíduo sendo estrangeiro.

O estudo dos direitos fundamentais em espécie é importante para se verificar a forma de atuação do Poder Judiciário na defesa destes direitos ainda que não exista previsão

¹⁰³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12ª. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 163.

legal que os regulamente e de a necessária aplicabilidade, ou seja, perante uma omissão legislativa, para que assim, se possa discorrer acerca dos efeitos de tais decisões.

4.3.1 Direito à vida

O direito à vida já foi considerado por grande parte da doutrina o mais importante direito que qualquer homem dispõe, sendo este um pressuposto para a existência de todos os outros direitos. O homem tem direito de existir desde sua vida intrauterina até o dia de sua morte natural, essa existência não se trata só da parte biológica, mas também no que tange a moral (aqui ressalta-se a dignidade da pessoa humana como uma extensão do Direito à vida). Dessa forma, fica claro que o direito à vida atua em aspecto duplo, sob a perspectiva biológica, que trata do direito a integridade física e psíquico, mostrando que o ser humano necessita de condições materiais e espirituais mínimas para que haja uma existência digna.

Há varias teorias que tutelam o Direito à vida a partir da sua percepção biológica, a primeira é a teoria da concepção adotada pela Igreja Católica, que consiste em defender a existência de vida humana desde o momento de sua concepção no útero, esta teoria é adotada na estrutura do ordenamento jurídico brasileiro; a segunda teoria é a da Nidação, que impõe a necessidade de fixação do ovulo no útero; a terceira é a teoria dos Sinais Eletroencefálicos, neste caso é necessário que apareçam elementos do que futuramente será o sistema nervoso central. Para esta corrente é necessário que o feto demonstre alguma característica unicamente humana, o nosso sistema nervoso central tem início de formação entre o décimo quinto e o quadragésimo dia de desenvolvimento embrionário. Para alguns autores, é obrigatório que o feto tenha atividade elétrica no cérebro, sendo esta indispensável para o reconhecimento de vida humana. Por último, tem-se a teoria de que apenas com o nascimento do bebê pode-se verificar ocorrência do direito à vida.¹⁰⁴

4.3.2 Direito à liberdade

O conceito de liberdade passa por várias percepções no decorrer da história. Como exemplo, pode-se destacar as liberdades negativas e positivas. Criadas por Isaiah Berlin, a

¹⁰⁴ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 500-501.

liberdade negativa está representada pela expressão *freedom of* (estar-livre-de), que dá uma visão limitada dos direitos dos cidadãos, está ligada diretamente com os direitos civis, vinculando-se à tradição liberal. A liberdade positiva está representada pela expressão *freedom to* (estar-livre-para), motivando-se pela amplitude da participação política, sendo associada aos direitos políticos, associando-se à tradição republicana.¹⁰⁵ Para Walber, no liberalismo, a liberdade negativa pode trazer um aumento na força de dominação por parte de figuras privadas, e a liberdade no sentido positivo poderia levar a dominação dos indivíduos por parte de grupos transnacionais, no republicanismo a liberdade tem sido entendida tanto na ausência de dominação quanto na inexistência, desse modo, a liberdade republicana seria a completa falta de vinculação autoritária, seja ela pública ou privada.¹⁰⁶ Harold Laski entende como liberdade “a ausência de coação sobre a existência daquelas condições sociais que, na civilização moderna, são as garantias necessárias da felicidade individual.”¹⁰⁷ Montesquieu afirma que a liberdade se dá com o direito de fazer tudo que as leis autorizam, pois se um indivíduo só pudesse fazer tudo o que as leis proíbem, não haveria liberdade, pois os demais cidadãos teriam o mesmo poder.¹⁰⁸

A liberdade descrita na Constituição Brasileira de 1988 deve ser concebida em sua forma de mais ampla e genérica de compreensão, sendo assimilada não só a liberdade física e de locomoção, mas também a liberdade de crença, de convicção, de reunião, de associação, expressão de pensamento entre outras. Nota-se que, os direitos relativos à liberdade em sua maioria são direitos fundamentais de primeira geração.¹⁰⁹

A necessidade de se trazer à baila os vários conceitos e entendimentos acerca do direito à liberdade, se dá em razão das inúmeras formas que ela foi vedada ou suprimida no decorrer da história mundial. Assim como o Direito à vida, o Direito à liberdade sempre foi colocado à prova em países ditatoriais como em democracias mundialmente admiradas e reconhecidas.

Nesse sentido, não se pode deixar de falar de tal direito, quando o mesmo é um dos principais motivadores das atuações judiciais na defesa dos direitos e garantias fundamentais.

¹⁰⁵ BERLIN, Isaiah. **Quatro ensaios sobre a liberdade**. Trad. Wumberto Hudson Ferreira. v. 1, Brasília: Editora UNB, 1981. p. 355.

¹⁰⁶ AGRA, Walber de Moura. **Republicanism**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005. p. 86.

¹⁰⁷ LASKI, Harold J. **La libertad en el estado moderno**. Trad. Eduardo Watshaver. Buenos Aires: Editorial Abril, 1945. p. 17.

¹⁰⁸ MONTESQUIEU. **Do espirito das leis**. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p. 148.

¹⁰⁹ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 16ª. ed. São Paulo: Método, 2017. p. 116.

4.3.3 Direito à igualdade

A Constituição Federal da República Federativa do Brasil acolheu a igualdade como pilar fundamental do princípio democrático e republicano. Este é tão amplo que outros vários princípios decorrem de forma direta dele. O artigo 7º da Constituição de 1988 em seus incisos XXX e XXXI é um exemplo de como este princípio foi incorporado quando ele proíbe a diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil, bem como, qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência, proclamando também a exigência de aprovação pregressa em concurso público para posse em cargo ou emprego público (artigo 37, II).¹¹⁰

Deste modo, deve ser levado em consideração que apesar do homem ser igual em dignidade, ainda continuam vastamente desiguais em aspectos físicos, na estrutura psicológica e em outros fatores, fator este que torna difícil a efetivação deste princípio. Josaphat Marinho afirma que o enunciado do artigo 5º está incorreto ao dizer que todos são iguais sem distinção de qualquer natureza, uma vez que “prever simetria onde há desproporção visível não é garantir igualdade real, mas consagrar desigualdade palpitante e condenável.”¹¹¹ A igualdade, desde Aristóteles, consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida em que se desigalam. O princípio da igualdade tem desafiado a inteligência humana e dividido os homens, tendo em vista que, a observância do Direito à igualdade, impõe muitas vezes, a limitação ao exercício do direito próprio.

Pode-se perceber que a igualdade formal, que visa a igualdade de oportunidades e a igualdade perante a lei, tem se mostrado insuficiente para que se exerça a igualdade material, sendo que esta se dá na igualdade perante os bens da vida. Esse tipo de igualdade se destaca em políticas democráticas populares, sendo que nas Constituições liberais vem estampada como norma de cunho programático, como é o caso da Constituição Brasileira de 1988. O igualitarismo, aqui, ocorre por meio da cessão de direitos substanciais, onde o Estado age positivamente, oportunizando a todos circunstâncias reais para uma vida digna.¹¹² Da perspectiva do mínimo existencial a igualdade material tem duas principais vertentes, “A

¹¹⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. [Em linha] [Consult. 05 fev 2020] Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>..

¹¹¹ MARINHO, Josaphat. **À margem da constituinte**. Brasília: Livraria e Editora Brasília, 1922. p. 44.

¹¹² CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição, Direito Constitucional Positivo**. 17ª. ed., ver. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 694-695.

discriminação positiva para assegurar meios mínimos para uma existência digna, como forma de se garantir respeito pela dignidade do ser humano; e a segunda hipótese também citada por Eurico Bitencourt Neto, “a discriminação positiva para proporcionar a superação de barreiras sociais, econômicas, físicas ou psíquicas, como meio de se buscar a construção do bem-estar social como um bem-estar de todos.”¹¹³

Entretanto para que o tratamento desigual seja harmonioso com a isonomia é necessário que quatro elementos não estejam presentes no momento da cessão dos direitos, sendo o primeiro, a desequiparação não pode recair em um só indivíduo, de modo atual e absoluto; segundo, as situações ou pessoas desequiparadas pela regra de direitos sejam realmente diferentes entre si; terceiro, que haja, em abstrato, uma relação lógica entre as condições diferenciais presentes e a diferenciação de regime jurídicos em prol deles, determinadas pela norma jurídica; quarto e último, que, *in concreto*, a relação de relação supra referido seja congruente na aplicação dos interesses constitucionalmente preservados, isto é, resultando na diferenciação do trato jurídico fundada em razão valiosa para o bem público.¹¹⁴

A igualdade na lei impõe limites ao legislador, a quem é vedado valer-se da lei para determinar tratamento discriminatório entre pessoas que merecem o mesmo tratamento. Desta forma, é possível concluir que a igualdade é também um princípio de interpretação. O juiz deverá dar à lei o entendimento que não crie privilégios de espécie alguma. Ao passo que a igualdade diante da lei se dirige aos intérpretes e aplicadores da lei, impedindo que, ao realizar um comando jurídico, eles rejeitem o tratamento diferenciado a quem a lei considerou igual. Manoel Gonçalves Ferreira Filho esclarece, “como limitação ao legislador, proíbe-o de editar regras que estabeleçam privilégios, especialmente em razão da classe ou posição social, da raça, da religião, da fortuna ou do sexo do indivíduo.”¹¹⁵

4.3.4 Direito à segurança

No conceito de Montesquieu no direito individual, a segurança representa a paz de espírito, própria da pessoa que não teme o outro. Santo Tomás de Aquino diz que a segurança

¹¹³ BITENCOURT NETO, Eurico. **O direito mínimo para uma existência digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 105.

¹¹⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Regime constitucional dos servidores dos servidores da administração direta e indireta**. São Paulo: RT, 1990. p. 51.

¹¹⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 242.

do ponto de vista comunitário, é conjunção do bem comum, esta está ligada a paz, a tranquilidade da ordem.

A perspectiva do direito à segurança como Direito Fundamental acarreta em um possível conflito com o exercício do direito fundamental à liberdade. Tendo em vista que as sociedades modernas, visando garantir o bem-estar social e a segurança pessoal dos seus respectivos integrantes, muitas vezes opta por limitar determinadas liberdade em razão de um bem maior.

Tal fato, se verifica quando se limita o Direito de ir e vir, bem como ao próprio exercício da liberdade religiosa, expressão ou opinião, sob a ótica da segurança social e individual.

Sob a perspectiva jurídica, Canotilho ressalta que “o homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar, autónoma e responsavelmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança como elementos constitutivos do Estado de direito.”¹¹⁶

O direito à segurança é frequentemente objeto de ponderação em conflitos entre direitos fundamentais, que demandam ao Poder Judiciário uma posição que em muitos casos extrapolam a amplitude legal e constitucional.

4.3.5 Direito de propriedade

O direito de propriedade, está elencado no caput do artigo 5º, juntamente a outros direitos fundamentais individuais mais essenciais, como a liberdade, a vida e a igualdade. Kildare Gonçalves Carvalho diz que “para o direito natural, a propriedade antecede ao Estado e à própria sociedade, e não poderá ser abolida, mas seu uso poderá ser regulado em função do bem comum.”¹¹⁷

Na época do Liberalismo Clássico, um dos direitos fundamentais mais importantes era o da propriedade privada, este era tido como um direito absoluto e oponível a todas as outras pessoas que não espezinhassem o domínio do proprietário, concretizando-se nos poderes de *jus utendi*, *jus fruendi* e *jus abutendi* (usar, fruir, dispor do bem) ou também reivindicar de quem o

¹¹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 257.

¹¹⁷ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição, Direito Constitucional Positivo**. 17. ed., ver. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 702.

possuísse de forma indevida. Por outro lado, no Direito Constitucional positivo, não é mais cabível a ideia que o direito que de propriedade seja um direito absoluto, tendo em vista que a nossa Carta Magna Brasileira apresenta o país como sendo um Estado Democrático Social de Direito, o que permite afirmar que as propriedades também devem atender a uma função social. Essa exigência está explícita no artigo 5º em seu inciso XXIII da Constituição Federal de 1988 e reiterada no artigo 170, note:

“Artigo 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

Artigo 170 A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

III - função social da propriedade;”¹¹⁸

Por essa razão, junto aos direitos que asseguram o proprietário, o ordenamento constitucional brasileiro impõe a ele deveres essenciais, como o dever de uso adequado da propriedade, não podendo o dono de um terreno urbano mantê-lo sem uma edificação ou subutilizado, se o fizer poderá a vir sofrer sanções administrativas, conforme o texto constitucional exprime:

“Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.”¹¹⁹

Da mesma forma, um proprietário de imóvel rural não poderá manter este lugar improdutivo, devendo seguir os moldes do artigo 186 da Carta Magna para manter a função social deste lugar:

“Artigo 186 A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I - aproveitamento racional e adequado;

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.”¹²⁰

¹¹⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. [Em linha] [Consult. 05 fev 2020] Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

¹¹⁹ *Idem, Ibidem.*

¹²⁰ *Idem, Ibidem.*

Ademais, o direito de propriedade decairá quando houver a necessidade de tutela de interesse público, como ocorre nos casos de requisição de bens de estado de sítio, desapropriação por utilidade ou necessidade pública, requisição administrativa ou quando a utilização da propriedade ocorrer de maneira altamente lesiva à sociedade, nesse caso o Estado poderá impor a perda na esfera administrativa e penal.

Rogério Moreira Orrutea ressalta que “em face do princípio da função social fica o proprietário jungido a observar desde o papel produtivo que deve ser desempenhado pela propriedade – passando pelo respeito a ecologia - até o cumprimento da legislação social e trabalhista pertinente aos contratos de trabalho.”¹²¹

Fica demonstrado assim os principais Direitos Fundamentais em espécie, bem como as possíveis limitações que os mesmos enfrentam, tanto por parte do Estado, como entre particulares, exigindo do Poder Judiciário a aplicação do princípio da ponderação para que se possa tomar a melhor decisão perante os supervenientes conflitos entre Direitos Fundamentais que possam surgir.

Neste contexto, passa-se a analisar as decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal perante os conflitos e lacunas existentes no direito Brasileiro.

4.4 Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal e os Direitos Fundamentais

A República Federativa do Brasil constitui-se em um Estado Democrático de Direito, tendo como fundamento a tripartição de poderes – Legislativo, Executivo e o Judiciário – sendo esses independentes e harmônicos entre si. Entretanto, pode-se visualizar que para cada momento histórico de nações que aderem este modelo de governo, houve a ênfase de um desses poderes. Como exemplo, a Inglaterra do século XVII e XVIII, com o *Bill of Rights* ou com a ideia difundida por Bentham, que o legislativo teria como função primordial o aperfeiçoamento do bem-estar social.

No Brasil observa-se claros exemplos de como Getúlio Vargas e Juscelino Kubistchek, centralizaram o Poder Executivo, porém esta ação ficou muito mais nítida quando foi usada de forma arbitrária e ditatorial entre os anos de 1964-1984. Neste momento quem surge como personagem principal é o poder judiciário, tornando-se não só guardião da Carta Magna Brasileira, mas também abraçando o papel de principal defensor da democracia

¹²¹ ORRUTEA, Rogério Moreira. **Da propriedade e a sua função social no direito constitucional moderno**. Londrina: UEL, 1998. p. 214.

brasileira. Dessa forma, mostra-se necessários que se entenda a forma com que o Supremo Tribunal Federal atua.

O autor Ronald Dworkin diz que os juízes só têm poder de discricionariedade quando há “um espaço vazio, circundado por uma faixa de restrições [...] por alguma razão, os padrões que uma autoridade pública deve aplicar não podem ser aplicados mecanicamente, mas exigem o uso da capacidade de julgar.”¹²² É importante ressaltar que, apesar do poder dado ao juiz ser discricionário, ele deve recorrer aos padrões de orientação dos princípios que compõem o ordenamento jurídico, bom senso e equidade, dessa maneira ele não terá sua decisão controlada por um padrão já elaborado.

Nota-se então que o direito é constituído de regras e princípios, essas estão sujeitas a variadas interpretações, no entanto os juízes não podem modificar as regras estabelecidas, tendo em vista que é esperado que ele siga determinados padrões. Então quando de fato os juízes poderão fazer a modificação da norma que está em vigor?

Dworkin soluciona esta pergunta alegando que o juiz deve ponderar que a modificação da interpretação venha a favorecer algum outro princípio, como o da “supremacia do Poder Legislativo”, um agrupamento de princípios que exige que os tribunais mostrem uma condescendência limitada pelos atos do Poder Legislativo. O autor também destaca a necessidade do judiciário atuar de forma exclusiva com base nos princípios e não à sombra de orientações de cunho político.¹²³

A atuação do Poder Judiciário na modernidade é destacada por incontáveis demandas que são levadas à jurisdição constitucional com motivos relevantes e que configuram a possibilidade de sua atuação deste Poder. A inafastabilidade da jurisdição, não podendo o judiciário abnegar-se de decidir uma demanda quando for provocado; os textos constitucionais resultantes do período pós I e II Guerra Mundial que acarretaram o surgimento de novos direitos e de novas demandas por sua efetividade; o novo ordenamento jurídico trazido pela Constituição brasileira de 1988, que coloca um ponto final ao período autoritário constituído na época; um controle de constitucionalidade extremamente profuso e que proporciona a representação do judiciário em assuntos variados que necessitam de uma interpretação

¹²² DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: M. Fontes, 2002. p. 51.

¹²³ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. Trad. Luís Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: M. Fontes, 2005. p. 101.

constitucional adequada, são todos motivos relevantes que configuraram a atuação do judiciário.¹²⁴

Note, da mesma forma que os poderes são independentes para exercer suas funções, lhes cabe também a interpretação e aplicação da Constituição, ressaltando que este não é um privilégio concedido apenas ao STF, mantendo esta relação pode-se estabelecer freios e contrapesos para os vínculos institucionais. Porém, é notório que o Judiciário pode ter um excesso de atribuições e afirmações de direitos para supervisionar. Isso pode acontecer mesmo quando o Poder Executivo e Legislativo exercem suas funções constitucionais ordinárias, tendo em vista que, ainda assim, o tribunal pode ser provocado para atestar a constitucionalidade do entendimento apreciado anteriormente.

Sucedese que, dentro de um cenário de décadas de omissões inconstitucionais, a importância do Poder Judiciário, na estrutura organizacional brasileira, assume um papel de destaque dentro do meio político, histórico e social, pois um Estado despido de um Judiciário independente e forte, inclina-se a encontrar dificuldades maiores em fazer valer os direitos e conservar a liberdade de seus cidadãos, motivando o ativismo judicial, ainda que amparado pelas próprias prerrogativas constitucionais.

4.4.1 A judicialização da política

Quando em um cenário jurídico, ocorre litigiosidade em demasia, presencia-se o surgimento da judicialização da política no sistema jurídico brasileiro. O que se afirma é que a capacidade expansionista do princípio democrático apresenta gradual institucionalização do direito na vida social, ganhando lugares até a pouco inatingíveis a ele, como certas extensão da vida privada.¹²⁵

Note o que Pogrebinski afirma:

“Um fato que não pode mais deixar de ser ouvido sob o risco de ficar-se surdo, posto que fala cada vez mais alto, é o crescimento do papel institucional das cortes constitucionais e seu impacto político nas democracias contemporâneas. Esse não é um fato novo, porém é um fato que vem ganhando cada vez mais força e tornando-se paulatinamente mais explícito em lugares onde não o era antes. No Brasil, em

¹²⁴ BARROSO, Luiz Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista de direito do Estado de Salvador**, n. 13, jan./mar. 2009. [Em linha] [Consult. 12 mai 2019] Disponível em: https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf.

¹²⁵ VIANNA, Luiz Werneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Renavan, 1999. p. 15.

particular, é um fato relativamente recente, que vem assumindo proeminência veloz e, ao que tudo indica, inexorável.”¹²⁶

O Poder Judiciário não pode se omitir para julgar casos de direito em que provocado para dar decisão, deste modo, fica evidente que a judicialização da política está dentro do acordo institucional que a democracia impõe para que os direitos dos cidadãos sejam respeitados. Porém, apesar de necessária a apreciação do Judiciário, ele não pode substituir o campo de deliberação pública e a composição de vontade pública institucionalizada.

A maior parte dessas demandas novas que chegam ao Supremo Tribunal Federal tratam de temas que englobam matérias de políticas públicas e passam a fazer parte do domínio constitucional, a esse damos o nome de contencioso do judiciário. Contudo é considerável esclarecer que, também, é prerrogativa do Poder Judiciário realizar a divisão das diretrizes políticas e de princípios, em virtude de se tratar de uma democracia constitucional.¹²⁷

O autor Lenio Luiz Streck afirma que o judiciário sempre se encontrará diante de uma dubiedade: ele será acusado de ser ativista caso assuma um comportamento intervencionista, envolvendo-se também no manejo de políticas públicas, e caso ele assuma uma postura *self-restraint*, aplicando as normas como são, é criticado pelo conservadorismo.¹²⁸

É válido deixar estabelecido que essa judicialização da política reflete um Poder Judiciário que possui a prerrogativa de defesa a Constituição Federal e dos direitos fundamentais, destarte, a judicialização da política não ultrapassa as obrigações típicas do Judiciário.

Vários países, após a Segunda Guerra Mundial, adotaram os costumes constitucionalistas, o sobrepondo à política dominante, verificando-se claramente que este não foi um feito exclusivo do Brasil. Em 2000, o Estados Unidos da América teve o último capítulo de sua eleição presidencial (Bush *versus* Gore), decidido pela Suprema Corte. No Canadá, a Suprema Corte foi convocada para se manifestar sobre a constitucionalidade da feitura de testes de mísseis Norte-Americanos em solo canadense. Em Israel, a Suprema Corte deliberou sobre a coadunabilidade de sua constituição e atos internacionais, tratando-se da construção de um muro na região fronteira com território palestino. Na Hungria e na Argentina, as Cortes mais importantes dispuseram e validaram propostas econômicas de grande abrangência. Em território Turco, a Corte Constitucional tem executado uma função essencial na proteção da

¹²⁶ POGREBINSCHI, Thamy. Judicialização ou representação? **Política, direito e democracia no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 175.

¹²⁷ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 28.

¹²⁸ STRECK, Lenio Luiz. A atualidade do debate da crise paradigmática do direito e a resistência positivista ao neoconstitucionalismo. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, n. 4, p. 223-262, 2006.

laicidade do Estado, resguardando-o do crescimento do fundamentalismo islâmico. Na Coreia, houve a restituição do cargo de um presidente que havia sido afastado por *impeachment*, a decisão foi tomada pela Corte Constitucional.¹²⁹

É correto afirmar que os Poderes da União estarão inseridos em contínuo ajuste institucional ao passo que as demandas políticas surgirem na prática institucional, a Constituição fica incumbida de impor os limites de atuação destes Poderes, concluindo que não há o que se falar em interferência funcional de um Poder sob o outro. Visto que a constituição estabelece esses limites de atuação de cada Poder, a judicialização da política não pode ser vista como algo prejudicial à democracia. Mesmo quando STF é chamado para julgar demandas com apelo social, é necessário agir com cautela, para que evitar condutas condescendentes e protagonistas sob o clamor público.

Por fim, é imperioso ressaltar que a judicialização de políticas públicas não expressa a ideia de ativismo judicial, tendo em vista que a judicialização é um instrumento de garantia de Direitos fazendo cumprir a Constituição Federal. Nesse sentido, diferentemente da omissão legislativa, verifica-se na judicialização de políticas públicas a consequência natural perante a omissão do Poder Executivo no exercício de sua função típica como administrador, quando o mesmo deixa de cumprir e resguardar direitos prestacionais que deveriam ser oferecidos pelo estado em prol dos cidadãos.

4.4.2 O Judiciário e os Direitos Fundamentais

Os conflitos que envolvem direitos fundamentais são os principais casos em que se verifica o ativismo judicial. O Poder Legislativo, no devido cumprimento de sua função de legislar incorre muitas vezes em omissões legislativas, conforme já explanado, contudo, o fator que mais impulsiona o Poder Judiciário a ter uma atuação ativista, é o fato do Poder Legislativo ter privilegiado uma função fiscalizadora e oposicionista ao Poder Executivo, em detrimento da própria função legislativa, de forma que, as demandas sociais que rogam por normatização, não são atendidas.

¹²⁹ BARROSO, Luiz Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista de direito do Estado de Salvador**. [Em linha] [Consult. em 12 mai. 2019] n. 13, jan./mar. 2009. Disponível em: https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf.

O Poder Executivo, por sua vez, ainda que implemente políticas públicas que visem atender as demandas sociais, acabam não cumprindo com o objetivo da norma, tendo em vista que a escassez de recursos ou seu mau uso, o impedem.

Com o advento do neoconstitucionalismo e das visões principiológicas do Direito, valorizaram os dispositivos constitucionais de forma a possibilitar uma postura interventiva da jurisdição quando provocada, exigindo que o magistrado atue como um co-legislador, sanando omissões e lacunas legislativas e reduzindo o poder vinculatório do Legislativo. Segundo Kildare Gonçalves,¹³⁰

“O Poder Judiciário acha-se também vinculado aos direitos fundamentais, e dessa vinculação resulta-lhe não só o dever de guardar estrita obediência aos chamados direitos fundamentais de caráter judicial, mas também o de assegurar a efetiva aplicação do direito, em especial dos direitos fundamentais, seja nas relações entre os particulares e o Poder Público, seja nas relações tecidas exclusivamente entre particulares. “

Desta forma, utiliza-se do ativismo judicial como forma de implementar, dar eficácia e aplicabilidade a diversos direitos fundamentais, justificando sua atuação com base no argumento da inafastabilidade da atuação jurisdicional da defesa e garantia dos Direitos fundamentais.

4.4.3 O ativismo judicial em defesa dos Direitos Fundamentais em espécie

Apesar do Brasil ter tido diversas conquistas democráticas, sendo fruto destas os avanços políticos e jurídicos, ainda podemos verificar nas instituições brasileiras a prática de política ilegítima guiada pela relação de custo e benefício. Atitudes decisionistas e discricionárias são antagonistas à democracia constitucional, visto que não cabe ao Judiciário realizar interpretações subjetivistas no momento de tomada de decisão, cabendo a ele a aplicação dos princípios de justiça e a viabilização dos direitos fundamentais aplicando a Constituição Federal.

O ativismo judicial deve ser visto como uma intromissão do Poder Judiciário às especialidades e à partição dos outros Poderes, colocando-o no papel de protagonista para equilibrar a democracia, ter uma importância mais elevada e estar acima dos outros. O ativismo judicial é a apreciação que costuma ir além da perspectiva fundante preconizada pela Constituição. Independente da atribuição de atividades do judiciário estar em movimento

¹³⁰ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional. Teoria do Estado e da Constituição. Direito Constitucional Positivo**. 15ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2009. p. 1271.

progressivo desde a Segunda Guerra, esse deve-se restringir à justificação e à razão pública para haver uma execução coesa dos princípios de justiça.

O autor Elival da Silva Ramos diz que o ativismo judicial é o “exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de conflitos de interesse (natureza subjetiva) e conflitos normativos (natureza objetiva)”.¹³¹

O repúdio desta prática, ocorre sob o argumento de que o Poder Judiciário não pode se utilizar de pressupostos políticos na construção da decisão, devendo se respaldar apenas nos princípios do direito.

O ativismo judicial é incumbido com teor depreciativo, tento em vista que ele não respeita a independência e harmonia dos Poderes, seja no que tange ao diálogo institucional de consideração de ações bilaterais, na compreensão de matéria constitucional e principalmente, no comprometimento da execução dos princípios do direito. Esse ativismo acaba constituindo um ato de “vontade” do Poder Judiciário e traz confusão entre os princípios de justiça (direito) e preceitos políticos (política), ocorrendo por opção clara desse Poder.

Não se pode vincular do ativismo judicial com a atividade demasiada do judiciário, realizando um diagnóstico puramente quantitativo. Essa análise quantitativa pode ser um indicador de ativismo, mas não é o bastante para determiná-lo. O fato de o Supremo Tribunal Federal apropriar-se da consubstanciação de direitos fundamentais que tem relação com às políticas públicas, por exemplo, não é argumento por si só para se comprovar que haja ativismo. O ativismo judicial está intimamente ligado ao desrespeito à relação obrigatória que deve haver entre o Judiciário, o devido processo constitucional e a fundamentação das decisões.

Com intuito do ativismo judicial ser evitado torna-se necessário o entendimento apropriado de quais são os limites de exercício do Judiciário, bem como, quais são as exigências necessárias para que sua atividade jurisdicional seja factual. Como percebe-se a linha entre a judicialização da política e o ativismo judicial é frágil. A contrariedade do ativismo judicial é a de qualidade da decisão, não da quantidade de sentenças que o tribunal exprime. As práticas jurisdicionais que não atendem o devido processo constitucional não conservam a solicitude de assegurar uma justiça constitucional democrática.

Nesta alçada, é possível averiguar alguns casos práticos de como o Supremo Tribunal Federal por meio do ativismo judicial garantiu alguns direitos fundamentais básicos a população, visto que o Poder Legislativo se omitiu ou foi tardio em tratar das matérias.

¹³¹ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 219.

O primeiro caso a se analisar é a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54¹³² que trata da antecipação do parto de feto anencéfalo. A ação que foi interposta pela CNTS (Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde do Brasil), distribuída em 17/06/2004, teve como relator o Ministro Marco Aurélio. Na demanda a CNTS afirma que não há vida em potencial a ser protegida pelo direito, faltando assim, o principal suporte fático exigido pela lei. Apenas um feto com capacidade em potencial de ser uma pessoa pode ser passivo de sofrer um aborto. Essencialmente, a controvérsia era sobre o pleno direito da mulher de optar, em caso de anencefalia, pelo parto antecipado. No entanto, despontaram infundadas contestações polêmicas, como o direito à vida, a criminalização do aborto, a dignidade humana. Para muitas pessoas, esse julgamento foi o mais significativo que o Supremo Tribunal Federal já desempenhou, em toda a história republicana.

De frente aos casos de gestação de fetos anencefálicos, e ao fato de que não existe possibilidade de vida extrauterina, as mulheres procuravam o Poder Judiciário pleiteando em defesa da antecipação terapêutica do parto, como forma de reduzir o sofrimento e frustração da gestante em carregar um ser, durante nove meses, tendo a perspectiva de que o feto poderia nascer sem vida ou mesmo morrer logo após o parto.

Sucedendo-se que, o aborto ainda é criminalizado no Brasil, e não havendo qualquer entendimento pacificado para a autorização de adiantamento do parto em caso de anencefalia. Com base no direito da dignidade humana, que é um dos princípios basilares da Carta Magna, o STF possibilitou as mulheres o direito de antecipação do parto de fetos anencéfalos.

Da mesma forma, outro assunto de grande significância no que concerne à jurisdição constitucional, é a reconhecimento da união homoafetiva, no julgamento da ADI nº 4277 (Ação Direta de Inconstitucionalidade) e na ADPF nº 132¹³³ (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental).

¹³² ADPF 54 EMENTA: ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Arguição de Preceito Fundamental nº 54 DF**. [Em linha] [Consult. em 12 mai. 2019] Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Tribunal Pleno, Brasília, DF, 12 de abril de 2012. Diário de Justiça, Brasília, DF, 30 abr. 2013, p. 01. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ABORTO+FETOS+ANENCEFALOS%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y4znfsqv>>..

¹³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132**. Relator: Ministro Ayres Brito. [Em linha] [Consult. em 12 mai. 2019] Tribunal Pleno, Brasília – DF, 05 de maio de 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>.

Essas ações foram dispostas no Supremo Tribunal Federal pela Procuradoria-Geral da República e pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, na época Sérgio Cabral. A argumentação da decisão tem base no descrito no artigo 3º, inciso IV, da Carta Magna de 1988, que visa “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”¹³⁴ Nessa perspectiva, é necessário que se faça a interpretação de acordo com a Constituição Federal, excluindo então qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil de 2002¹³⁵ que torne-se empecilho para o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como agremiação familiar.

Em decisão, é possível verificar que suas bases argumentativas seguiram as ideias de proibição de discriminação de pessoas em razão do sexo, seja no âmbito de gênero (homem/mulher), seja no plano da orientação sexual de cada qual deles. Ressaltou que a proibição é preconizada pelo constitucionalismo fraternal e pelo pluralismo como valor sócio-político-cultural.

Nos votos dos ministros, ainda foi possível identificar a interpretação da instituição família, tendo em vista que foi ressaltado que a Constituição Federal não emprega ao substantivo família, nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica. Portanto, a utilização da expressão “família”, não se limita a formação de casais heteroafetivos, pelo contrário, família sob o conceito de instituição privada, é voluntariamente constituída entre pessoas adultas, que mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica.

Por fim, cabe ressaltar parte fundamental da ementa, descrita nos seguintes termos:

[...] Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. [...]

Como dito anteriormente, nesse caso o Supremo Tribunal Federal precisou interferir decidindo pela exclusão do entendimento que artigo 1.723 do Código Civil brasileiro,

¹³⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. [Em linha] [Consult. em 12 mai. 2019] Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 09 de mar. 2019.

¹³⁵ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 09 de mar. 2019. Artigo 1.723: É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

dispõe, tratando então da concretização de direitos provenientes de requerimentos sociais, dos quais o Poder Judiciário e o STF, como guardião da Carta magna, não poderia ou deveria abster-se ou ficar inerte.

Outro exemplo de ativismo judicial necessário, é a decisão tomada na ADPF 130¹³⁶, julgada no dia 30 de abril de 2009, tendo como Relator o Ministro Carlos Britto. Neste ato o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se contra a Lei nº 5250/67, conhecida como Lei de Imprensa.

Os ministros averiguaram que essa é desconcordante do presente ordenamento constitucional. A Lei nº 5250/67, foi constituída e proclamada em um período que o Brasil sofria com o autoritarismo, este período inicia-se em 1964 e estende-se até o início do ano de 1985, que ficou afamado como “regime de exceção” ou ‘anos de chumbo’, claramente este regime é explicitamente incongruente com os ares da democracia restaurada e proclamada em nossa Carta Magna atual. Quando houve a revisão da referida lei, o STF decidiu que não é mais uma obrigatoriedade que os profissionais de imprensa tenham formação de nível superior.

Neste julgamento foi trazido à baila o princípio da dignidade da pessoa humana, que está intimamente ligado ao da liberdade, a Lei nº 5250/67 tinha como principal função sufocar a imprensa da época, podando sua liberdade de expressão, nesse intento, a instituição imprensa é a única guarneçada com destreza para apontar qualquer enfermidade do Poder

¹³⁶ ADPF 130 EMENTA: Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental (ADPF). Lei de imprensa. Adequação da ação. Regime constitucional da "liberdade de informação jornalística", expressão sinônima de liberdade de imprensa. A "plena" liberdade de imprensa como categoria jurídica proibitiva de qualquer tipo de censura prévia. A plenitude da liberdade de imprensa como reforço ou sobretutela das liberdades de manifestação do pensamento, de informação e de expressão artística, científica, intelectual e comunicacional. Liberdades que dão conteúdo às relações de imprensa e que se põem como superiores bens de personalidade e mais direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana. O capítulo constitucional da comunicação social como segmento prolongador das liberdades de manifestação do pensamento, DE informação e de expressão artística, científica, intelectual e comunicacional. Transpasse da fundamentalidade dos direitos prolongados ao capítulo prolongador. Ponderação diretamente constitucional entre blocos de bens de personalidade: o bloco dos direitos que dão conteúdo à liberdade de imprensa e o bloco dos direitos à imagem, honra, intimidade e vida privada. Precedência do primeiro bloco. Incidência a posteriori do segundo bloco de direitos, para o efeito de assegurar o direito de resposta e assentar responsabilidades penal, civil e administrativa, entre outras consequências do pleno gozo da liberdade de imprensa. Peculiar fórmula constitucional de proteção a interesses privados que, mesmo incidindo a posteriori, atua sobre as causas para inibir abusos por parte da imprensa. Proporcionalidade entre liberdade de imprensa e responsabilidade civil por danos morais e materiais a terceiros. Relação de mútua causalidade entre liberdade de imprensa e democracia. Relação de inerência entre pensamento crítico e imprensa livre. A imprensa como instância natural de formação da opinião pública e como alternativa à versão oficial dos fatos. Proibição de monopolizar ou oligopolizar órgãos de imprensa como novo e autônomo fator de inibição de abusos. Núcleo da liberdade de imprensa e matérias apenas periféricamente de imprensa. Autorregulação e regulação social da atividade de imprensa. Não recepção em bloco da lei nº 5.250/1967 pela nova ordem constitucional. Efeitos jurídicos da decisão. Precedência da ação. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130**. Ministro Relator: Carlos Britto. Brasília, DF, 30 de abril de 2009. [Em linha] [Consult. em 12 mai. 2019] Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>

Executivo, podendo as outras instituições tomarem partido para a resolução do problema. Ficou claro que o STF não admitiu sacrificar a liberdade de expressão no âmbito das instituições que regem a vida das sociedades democráticas, trazendo para si, a função de garantia social.

A partir de tal posicionamento, ficou claro o entendimento de que a sociedade democrática é valor insubstituível que reclama de forma ininterrupta, a proteção igual da liberdade de expressão e da dignidade da pessoa humana, sendo que este balanceamento seria atribuição do próprio STF.

Outro julgamento importante é o da ADPF nº 187¹³⁷, que tratava da legalidade da “marcha da maconha”, evento popularizado em vários países, com milhares de adeptos no estado brasileiro, assim como as citadas acima, faz parte de um julgamento de cunho ativista. Essa ADPF foi julgada no dia 15 de junho de 2011, tendo como relator o Ministro Celso de Mello. A reivindicação declaratória respaldou-se nos direitos de liberdade de reunião e expressão.

O julgamento favorável do Supremo Tribunal Federal viabilizou o acontecimento da passeata, que é conhecida como “marcha da maconha”, entretanto se fez constar que esta deve ocorrer somente em favor do reconhecimento do uso de drogas, contanto que, não façam apologia ao consumo de entorpecentes ilegais, devem defender tão somente a descriminalização do uso dessas substâncias. Dessa forma, deve haver o cuidado para manter-se as manifestações somente no embate político e não incentivar condutas contrárias as leis, para que não caracterize crime de apologia ao uso de drogas.

O Supremo Tribunal Federal saiu em defesa da liberdade de reunião dessa manifestação respaldado no caráter cultural que a marcha promove, ela é caracterizada como um movimento artístico e cultural, proporcionando atividades musicais, teatrais e performáticas, abrindo espaço para debates com palestras seminários e exposições de documentários relativos às políticas públicas associadas às drogas, lícitas e ilícitas.

Neste julgamento, também foram ressaltados o direito à livre manifestação do pensamento, de protesto, de discordância e de livre circulação de ideias, valorando desta forma o conceito de livre mercado de ideias como elemento fundamental e inerente ao regime democrático.

¹³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Preceito Fundamental nº 187 DF**. Relator: Ministro Celso de Mello. Tribunal Pleno, Brasília, DF, 15 de jun. de 2011. Diário de Justiça, Brasília, DF, 29 de mai. 2014, p. 01-03. [Em linha] [Consult. em 12 mai. 2019] Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MARCHA+DA+MACONHA%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/gnkjwo5>>. Acesso em: 10 de mar. 2019.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal adotou uma conduta ativista que foi bastante criticada pelas consequências que a mesma trazia ao ordenamento jurídico, que é a criminalização da homofobia, na Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e 26¹³⁸ e mandado de injunção 4733.

Em julgamento já ultimado, os ministros do STF, por oito votos a três, entenderam por bem criminalizar a homofobia e transfobia, equiparando tais práticas ao racismo.

É fato que a homofobia e a transfobia são práticas repugnadas nas sociedades modernas e igualitárias, sendo notório também a ausência de regulamentação por parte do Poder Legislativo para criminalizar tais condutas, tendo em vista que, o projeto de lei 122/06, tramita no Congresso Nacional há mais de 17 anos.

Neste contexto, o voto do Ministro Celso de Mello, adota uma interpretação proativa e criativa, características do ativismo judicial, alargando o conceito de racismo extraído da lei 7.716/89, para alcançar a homofobia e a transfobia, de forma que o crime de racismo, na forma da citada lei, não compreenda apenas antropológicos e biológicos (fenotípicos), mas também aspectos sociais.

Sob a perspectiva do Ministro, o STF não estaria promovendo analogia in malam partem, que é vedada no Direito Penal Brasileiro. Ao contrário, dita interpretação conforme a Constituição da lei 7.716/89 à luz do artigo 5º, incisos XLI e XLII da nossa Carta Magna, fazendo compreender na noção de racismo a homofobia e a transfobia, a par de ser incontornável na espécie, revela-se medida imperativa e de rigor do STF, sob pena de violação do princípio maior da dignidade da pessoa humana.

Como se vê, o STF adotou novamente o fenômeno da mutação constitucional, reinterpretando e dando ressignificando um conceito já existente, sem alterar o seu texto, de forma a preencher lacuna legal que trate sobre o tema.

Tais prática exemplificadas acima, não são vistas com bons olhos por parte dos juristas. Entretanto, a partir da perspectiva do ex-ministro Carlos Ayres Britto que afirma que “O ativismo no Brasil é da Constituição e, não, dos juízes”,¹³⁹ decorrem as divergências doutrinárias que buscam uma ressignificação ao ativismo, na qual esta pratica seja incorporada as funções de influência exercidas pelos Poderes, partindo de um pressuposto humanista, sempre observando o devido processo legal. O jurista delimita o ativismo às seguintes

¹³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 36**. Ministro Relator Celso de Mello. Brasília, DF. [Em linha] [Consult. 12 mai. 2019] Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMAM.pdf>

¹³⁹ BRITTO, Carlos Ayres. **Separação dos poderes na Constituição brasileira**. Revista de Direito Público, v. 14, n. 59-60, p. 115-127, jul./dez. 1981.

hipóteses: I. Direito é norma, porém não mais apenas a norma fechada, cuja aplicação ocorre na maneira literal, conhecida como teoria das regras, onde não há como interpretar a norma de forma abrangente, mas também a norma aberta, ou seja, aquela que admite metodologias de avaliação e escolhas, chamada de teoria dos princípios; II. Direito é norma que se ampara no princípio da dignidade da pessoa humana, de maneira que, o devido processo legal, ganha preponderância na sua versão substantiva, isto é, toda execução da norma passa pela avaliação metodológica da proporcionalidade/razoabilidade; III. Finalmente, direito é norma, mas tal norma não é simplesmente aquela que origina-se do processo legislativo convencional, que tem autoria exclusiva do legislador, mas de normas que também decorrem de outras decisões de poder, tais como do Poder Judiciário e do Executivo.¹⁴⁰

Deste modo, sob essa perspectiva tem-se que o ativismo judicial se identifica como parte constituinte e intrínseco de outros ativismos constitucionais — como o legislativo e administrativo — os quais seriam indispensáveis em seus conjuntos e em suas tensões para o desempenho das atribuições constitucionalmente partilhados.

4.5 O Ativismo Judicial e o Estado Democrático de Direito

O Ativismo Judicial conforme já demonstrado, é resultado de uma série de fatores, sendo estes a construção histórica constitucional do país, o momento político vivido e por fim, uma certa desídia e omissão do Poder Legislativo.

Não se reconhece como ativista, o Poder Judiciário que simplesmente julga e toma decisões que estão além da literalidade da Lei. É notório que o texto normativo não é capaz de representar a literalidade dos fatos sociais, nesse sentido, exige-se do Poder Judiciário uma atuação além da literalidade, trazendo aplicabilidade e contextualizado a norma.

Contudo, é preciso ressaltar que o conceito de ativismo que se pontua de forma controversa, é aquele em que um juiz ou tribunal decide a partir de argumentos de política, moral ou pessoal, ou seja, quando o direito é substituído pelas convicções de cada magistrado, de forma a modificar por completo a razão da lei.

Como demonstrado, no tocante à proteção e garantia de direitos fundamentais, o ativismo judicial protagonizou verdadeiras revoluções sociais na sociedade Brasileira,

¹⁴⁰ BRITTO, Carlos Ayres. **Separação dos poderes na Constituição brasileira**. *Revista de Direito Público*, v. 14, n. 59-60, p. 115-127, jul./dez. 1981.

implementando posicionamentos acerca da possibilidade de abortos de fetos anencefálicos, casamento entre pessoas do mesmo sexo, liberdades de expressão e informação, entre outros.

Tais medidas são louváveis do ponto de vista social, tendo em vista que valorizam e homenageiam os Direitos Humanos, trazendo dignidade, respeito e liberdade aos seus indivíduos.

Neste ponto, não restam dúvidas de que o Ativismo foi importante para solidificar juridicamente uma mudança social já ocorrida há tempos no Brasil, que não teve respaldo legal, decorrente da inércia legislativa que por décadas atuou e ainda atua com base nos seus próprios e escusos interesses.

Por outro lado, quando se vislumbra que o Supremo Tribunal Federal seja o guardião da Constituição da República Federativa do Brasil, entende-se que o mesmo lute pela manutenção do Estado Democrático de Direito de forma a resguardar a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e os direitos e garantias individuais.

Portanto, verifica-se que quando o STF excede os poderes de garantia, e passa a impor posicionamentos que estão além da normatização, está afrontando o próprio Estado Democrático operacionalizado pelo voto, tendo em vista que, os seus membros não foram escolhidos de forma democrática pelo povo, assim sendo, qualquer atuação que vise falar pelo povo, é democraticamente questionável.

Nota-se que se encontram em lados opostos, a atuação constitucional do Poder Judiciário perante a necessidade de resguardar direitos fundamentais e a usurpação da vontade democrática em regulamentar e definir uma posição sobre determinados temas que são de interesse da sociedade e seus indivíduos.

Os fins justificam os meios? Esse é o questionamento fundamental para se tomar partido com relação ao “dever” de agir na manutenção e garantia de direitos fundamentais versus o dever de resguardar princípios sensíveis do Estado Democrático de Direito, como a independência e harmonia entre os Poderes.

Nota-se que a Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 concedeu ao Poder Judiciário uma série de instrumentos que pudessem assegurar a observância das normas constitucionais pelo Poder Executivo, visando evitar um novo período ditatorial.

As prerrogativas provenientes muitas vezes da própria função típica jurisdicional legitimam atuações ativistas de tal forma que muitas vezes não são questionadas pela população e muito menos enfrentadas pelos outros poderes, até mesmo porque a própria constituição brasileira é permissiva com certo grau de interferência do Poder Judiciário.

Em análise individualizada dos Direitos Fundamentais já citados, não se verifica a existência de algum posicionamento cuja interpretação tenha se afastado por completo da Constituição Federal, por outro lado, é assustador o fato de que os membros do Poder Judiciário não eleitos democraticamente, possuam em suas mãos a escolha pelos caminhos que o país deve trilhar.

Aplauda-se comportamentos ativistas enquanto os mesmos estão de acordo com o que fora preconizado pelos constituintes ou quando respeitam e estão de acordo com conceitos de Direitos Humanos. Contudo, é temeroso acreditar que o posicionamento sempre será em prol do bem comum, tendo em vista que a interpretação da norma Constitucional pode levar em consideração inúmeros fatores, fato este que possibilita constitucionalizar o inconstitucional.

Nesse sentido, uma simples substituição de membros do Supremo Tribunal Federal brasileiro, instância máxima da jurisdição nacional, seria capaz de trazer modificações notórias à sociedade Brasileira, sem que ao menos fosse desejada pelos cidadãos, podendo resultar na pior das hipóteses na implementação de uma ditadura de um tribunal do Poder Judiciário.

Em análise à história das grandes democracias, verifica-se que as mesmas são cíclicas, ou seja, vivem momentos de altos e baixos, revezando sentimentos de segurança e confiança com sentimentos de incertezas e instabilidades.

Todas as vezes que o sentimento de democracia é colocado à prova, é natural que o povo fique ao lado daquele poder que lhe pareça mais justo e mais sensível as questões de interesse próprio. Em razão disso, em um eventual conflito de Poderes, aquele cuja atuação se fez mais presente, passa a ter o povo como aliado. E sob o pretexto de trazer justiça social, se destruíram as democracias no contexto mundial.

Assim como é temeroso que indivíduos tenham direitos não garantidos pela ineficácia dos Poderes da Federação, é de se temer também que um dos poderes assuma de livre e espontânea vontade atribuições alheias se colocando num patamar superior aos outros poderes e se identificando como a última esperança na Defesa dos fracos e oprimidos.

Neste contexto, buscando soluções para o reequilíbrio entre Poderes, não é necessário que se altere a Constituição, ainda que a mesma tenha um perfil ativista, tendo em vista que a razão do ativismo judicial é a omissão legislativa e seu amedrontamento no enfrentamento a questões sensíveis do indivíduo, trazendo ao ordenamento jurídico garantias que estejam em acordo com a evolução e demanda social.

A partir da modificação de postura do Poder Legislativo, que deixa interesses escusos de lado, e se volta aos interesses e demandas do povo, o mesmo reassume o

protagonismo dele esperado, no sentido de representar o espírito e a vontade popular, reaproximando o estado da democracia de direito.

Com o ressurgimento de um Poder Legislativo atuante e que represente os anseios e demandas sociais, é natural que o Poder Judiciário tenha menos espaço para impor seus pensamentos por meio de seus julgadores, se atendo mais a aplicação da lei do que a inovação legal propriamente dita.

Por fim, ainda que se construa a partir das funções e atribuições descritas na Constituição Federal, uma linha argumentativa favorável ao Ativismo Judicial no sentido de dar aplicabilidade e eficácia à norma jurídica, sem levantar a bandeira da inconstitucionalidade, é imperioso fazer uma analogia com o Estado Democrático de Direito como sendo um castelo feito com cartas de baralho, sobrepostas, umas às outras. A base deve ser forte, sendo está representada pelos limites impostos pelo Poder Constituinte originário, representantes da vontade popular, que dão origem a tripartição de Poderes. E a partir destes, cada um cumprindo com a sua função, se constrói o Estado de direito.

Conclusão

O presente estudo busca a reflexão sobre essencialidade do ativismo judicial diante das omissões legislativas, que de certa forma já transpassaram por todos os controles preventivos que se permite em âmbito constitucional, restando tão somente ao Poder Judiciário realizar a correção devida.

Verifica-se através das atuações do Supremo Tribunal Federal brasileiro, que o discurso adotado não é de protagonismo perante as funções que inicialmente seriam incumbidas ao legislador, mas sim de instrumento para adequação legislativa, tanto em relação à omissão, como também pela ação, consideradas inconstitucionais.

As omissões legislativas decorrem de vários fatores, como exemplo a falta de atualização legislativa em relação as mudanças que a sociedade sofre, a inadequação do dispositivo legal quando o mesmo começa a produzir seus efeitos práticos, o desinteresse em recompor a igualdade em situações que envolvam interesses de minorias, o receio de ferir interesses do Poder Executivo, quando os legisladores fazem parte do bloco de coalizão presidencial.

Todos estes motivos supracitados, são agravados pelas práticas de corrupção que envolvem os legisladores, e que constantemente são investigados, denunciados, processados e condenados pelo próprio exercício da função típica do Poder Judiciário.

Neste contexto, é essencial diferenciar a judicialização da política para fins de adequação legislativa e aplicação integral dos direitos fundamentais e o ativismo judicial que excede e invade as competências legislativas inovando no cenário legal, com decisões de efeitos vinculantes a todos os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública, que refletem em toda a sociedade.

É certo que o Poder Judiciário não deve, dentre a última instância para aplicabilidade dos direitos fundamentais, furtar-se da responsabilidade com o indivíduo de direito, que busca o poder jurisdicional para ver sua prerrogativa amparada, contudo, a sua atuação desmedida deve ser observada com cuidado, tendo em vista que, conforme ficou claro, nem sempre a atuação ativista tem um viés progressista.

Se torna visível através deste estudo, que o magistrado, atento aos próprios valores constitucionais, ao decidir sobre uma omissão legislativa deve tomar cuidado para não incorrer em medidas meramente discricionárias, se limitando a velar o exercício do direito em questão. Ao agir desta forma, respeita e dá efetividade à vontade originária do constituinte.

De acordo com o presente trabalho, o ativismo judicial pode coexistir perfeitamente com os demais poderes sem violar a tripartição basilar, tanto é que a própria Constituição pode acabar atribuindo prerrogativas ao Poder Judiciário que o possibilite um controle maior sobre atos e atribuições dos demais poderes.

O que se busca não é a afirmação de que o ativismo judicial existe ou não. Mas sim uma avaliação aprofundada sobre os impactos da inafastabilidade do Judiciário na proteção aos direitos fundamentais e os possíveis impactos produzidos pelos excessos por este cometidos.

A partir desta delimitação, o questionamento dos fins justificarem ou não os meios, é trazido à tona à contemporaneidade. A garantia de possíveis direitos fundamentais de forma subjetiva justifica a atuação excessiva dos tribunais?

Ao final da pesquisa, é possível constatar que o Supremo Tribunal Federal, de forma exitosa, garantiu o exercício de inúmeros direitos que refletiram no cotidiano do brasileiro e de qualquer estrangeiro que aqui esteja. Da mesma forma, refletiu positivamente nas relações com outros países e outros povos.

Contudo, é fundamental e salutar, ressaltar que as decisões tomadas por juízes são desprovidas de respaldo popular democrático, afinal os mesmos não são eleitos para os cargos que ocupam, nesse sentido, é sempre válido lembrar que a partir do momento que flexibiliza-se a lei ou suas lacunas, e atribui-se de forma desmedida e descontrolada o preenchimento destas lacunas por juízes que não representam a vontade popular, as decisões tomadas, serão dotadas de pessoalismo e com certo grau de parcialidade resultante do processo de formação da livre convicção.

Assim sendo, é dever do povo cobrar a atuação efetiva do legislador e dos juristas cuidar dos eventuais excessos que um Poder venha a cometer perante o outro, tendo em vista que, não se concretiza direitos fundamentais sem o devido respeito as bases democráticas que são os verdadeiros pilares do Estado Democrático de Direito.

Bibliografia

Legislação

a) Geral

CÓDIGO Civil e legislação complementar. Decreto 47.344 de 25/11/66 - ed. Lisboa: Quid Juris sociedade editora, 2014. ISBN 978-972-724-672-4.

CONSTITUIÇÃO da República Portuguesa: Lei Constitucional n.º 01/2005, de 12 de agosto. 2ª ed. reimp. Lisboa: Quid Juris sociedade editora, 2012. ISBN 978-972-724-586-4.

b) Internet

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. [Em linha]. [Consult. 16 Abr. 2019] Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF. [Em linha]. [Consult. 16 Abr. 2019]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm>.

PORTUGAL. Constituição (1976) VII Revisão Constitucional 2005. **Constituição da República Portuguesa**. Lisboa, 1976. [Em linha]. [Consult. 16 Abr. 2019] Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>.

c) Livro, Monografia e Revista Científica, teses:

ABREU, Joana Rita de Sousa Covelo de. **Inconstitucionalidade por omissão e ação por incumprimento: a inércia do legislador e suas consequências**. 1ª ed. Lisboa: Editorial Juruá, 2011. ISBN 9788536234557

ALEXANDRINO, José de Melo. **A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa**. Vol. II. Coimbra: Almedina Brasil, 2006. ISBN 9789724029719

- ALEXANDER, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Editora Malheiros, 2008. ISBN 978857420872-5
- ARISTÓTELES. **Política**. (Coleção: Obra prima de cada autor). 6ª Ed. São Paulo: Martin Claret, 2005. ISBN 9798572324563
- ARON, Raymond. **As etapas do pensamento sociológico**. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. ISBN 9788533615892
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Regime constitucional dos servidores dos servidores da administração direta e indireta**. 1ª Ed. São Paulo: RT, 1990. ISBN 8520308112
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito Processual Constitucional. Aspectos Contemporâneos**. 1ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008. ISBN 9788577000241
- BARROSO, Luiz Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. ISBN 9788502152601
- BERLIN, Isaiah. **Quatro ensaios sobre a liberdade**. Trad. Wumberto Hudson Ferreira. v. 1, Brasília: Editora UNB, 1981.
- BITENCOURT NETO, Eurico. **O direito mínimo para uma existência digna**. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. ISBN 9788573486575
- BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo**. Trad. de Sérgio Bath. 7ª Ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1994. ISBN: 8523001913
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão 3.682-3/MT**, Relator: Ministro Gilmar Mendes. Tribunal do Pleno, Brasília, DF, 09 de Maio de .2007. Publicado no Diário de Justiça 06 de setembro de 2007.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção nº 715**, Relator: Ministro Celso de Mello. Tribunal Pleno, Brasília, DF, 25 de fevereiro de 2005. Publicado no Diário de Justiça 22 de fevereiro de 2005.
- BRITTO, Carlos Ayres. Separação dos poderes na Constituição brasileira. **Revista de Direito Público**, v. 14, n. 59-60, p. 115-127, jul./dez. 1981.
- BURT, Robert. **The constitution in conflict**. Cambridge: Havard University Press, 1955.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. ISBN 9788530956653

CANOTILHO, Gomes. **A concretização da Constituição pelo legislador e pelo Tribunal Constitucional**. In: Nos dez anos da Constituição. Lisboa, 1986.

_____. **Constituição dirigente e vinculação do legislador – contribuição para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. 2ª Ed. Coimbra: Coimbra, 2001. ISBN: 9789723209969

_____. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7ª Ed. Coimbra: Almedina, 2003. ISBN 978-9724011028

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição, Direito Constitucional Positivo**. 17ª Ed., ver. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. ISBN 9788538402213.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Uma reflexão histórica sobre o mandado de injunção e a eficácia subjetiva das decisões. In: **Mandado de Injunção: Estudos sobre sua Regulamentação** (Coord. Gilmar Ferreira Mendes et ali). 1ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. ISBN 978-8502196469

COOLEY, Thomas M. **Princípios gerais de direitos constitucional nos Estados Unidos da América**. 1ª Ed. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russell, 2002. p. 22. ISBN 8589251020

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 1ª ed. São Paulo: M. Fontes, 2002. ISBN: 8533615132

_____. **Uma questão de princípios**. Trad. Luís Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: M. Fontes, 2005. ISBN 8533621116

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. ISBN 9788502139770

_____. Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005. ISBN 8502051733

GODOY, Arnaldo Sampaio de Maraes. **Direito nos Estados Unidos**. 3ª ed. São Paulo: Manole, 2004. ISBN 9788520421024

- GOUVEIA, Jorge Bacelar. **As constituições dos estados de língua portuguesa**. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2006.
- GROHMANN, Luís Gustavo Mello. **A separação de poderes em países presidencialistas: A América Latina em Perspectiva Comparada**. Revista de Sociologia e Política nº 17: Curitiba. Nov. 2001.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbellini. **Teoria Política do Direito: a expansão política do direito**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2013. ISBN 9788520349502
- LASKI, Harold J. **La libertad en el estado moderno**. Trad. Eduardo Watshaver. Buenos Aires: Editorial Abril, 1945.
- LEITE, Roberto Basilone. **O papel do juiz na democracia: ativismo judicial político X ativismo judicial jurisdicional: 500 anos de autoritarismo e o desafio da transição para a democracia no Brasil contemporâneo**. São Paulo: LTr, 2014. ISBN 9788536129693
- LOUREIRO, João Gonçalves. **O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares**. 4ª ed. Coimbra: Coimbra, 1995. ISBN 9789723207033
- MARINHO, Josaphat. **À margem da constituinte**. Brasília: Livraria e Editora Brasília, 1992.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12ª ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. ISBN 97885472-1681-8
- MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 6ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, t.4; 1997. ISBN 9723204193
- _____. **Manual de Direito Constitucional**. Vol II. 4ª ed. Coimbra: Coimbra, 2000. ISBN 9723209543
- _____. **Inconstitucionalidade por omissão**. In: Estudos sobre a Constituição. Lisboa: Livraria Petrony, 1977. 1º v.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **Do espírito das leis**. Vol II São Paulo: Nova Cultural, 2000. ISBN 8535118586.
- ORRUTEA, Rogerio Moreira. **Da propriedade e a sua função social no direito constitucional moderno**. 1ª ed. Londrina: Eduel, 1998. ISBN 8572160965

- PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito constitucional descomplicado**. 16ª ed. São Paulo: Método, 2017. ISBN 9788530974268
- PINHO, Rodrigo César Rebello Pinho. **Da Organização do Estado, dos Poderes e Histórico das Constituições**. São Paulo: Saraiva, 2002. ISBN 9788502040472
- POGREBINSCHI, Thamy. Judicialização ou representação? **política, direito e democracia no Brasil**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. ISBN 9788535251500
- RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. ISBN: 9788502085800
- RODRIGUES, Leda Boechat. **A Corte de Warren: (1953-1969) Revolução Constitucional**. 1ª ed. São Paulo: Civilizações Brasileira, 1991. ISBN 978-8520000724
- ROSAS, Roberto. **Suprema Corte Americana: acompanhamento da realidade política e economia**. Arquivos do Ministério da Justiça, ano 49, n. 187, jan. – jun. 1996.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais: retórica e historicidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. ISBN 8573087331
- SILVA, Jorge Pereira da. **Dever de Legislar e Proteção Jurisdicional contra Omissões Legislativas**. Lisboa: Universidade Católica, 2003. ISBN 972540064x
- _____. Deveres do estado de proteção de direitos fundamentais: **Fundamentação e Estrutura das Relações Jusfundamentais Triangulares**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015. ISBN 978-972-5404-47-8
- SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **O Tribunal Constitucional como poder: uma nova teoria da divisão dos poderes**. 1ª ed. São Paulo: Memória Jurídica, 2002. ISBN 8588264145.
- STRECK, Lenio Luiz. **A atualidade do debate da crise paradigmática do direito e a resistência positivista ao neoconstitucionalismo**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, n. 4, 2006.
- STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. ISBN 9788502110083
- TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário**. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. ISBN 9788573488395

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 1ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. ISBN: 8502037579

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Juruá, 2009. ISBN 978853622417-6

VIANNA, Luiz Werneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renavan, 1999. ISBN-13: 978-8571061774

VIARO, Felipe Albertini Nani. **Interpretação Constitucional do Brasil**. São Paulo: Escola Paulista de Magistratura. 2017. ISBN 978-85-8191-065-9

VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva Cândido. **Ativismo Judicial: uma nova era dos direitos fundamentais**. 1ª ed. São Paulo: Baraúna, 2013. ISBN 9788579236815

WEIS, Carlos. **Direitos humanos contemporâneos**. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. ISBN 8574201405

d) Internet

ALBUQUERQUE, Armando. **A teoria lockeana da separação de poderes**. [Em linha] [Consult.21 dez de 2019] Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=4129304d04cff4cb>.

BARROSO, Luiz Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista de direito do Estado de Salvador**, n. 13, jan./mar. 2009. [Em linha]. [Consult. 12 Mai. 2019] Disponível em: https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Arguição de Preceito Fundamental nº 187 DF**. Relator: Ministro Celso de Mello. Tribunal Pleno, Brasília, DF, 15 de jun. de 2011. Diário de Justiça, Brasília, DF, 29 de mai. 2014, p. 01-03. [Em linha]. [Consult. 16 Abr. 2019]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MARCHA+DA+MACONHA%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/gnkjwo5>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Arguição de Preceito Fundamental nº 54 DF**. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Tribunal Pleno, Brasília, DF, 12 de abril de 2012. Diário

de Justiça, Brasília, DF, 30 abr. 2013, p. 01. [Em linha]. [Consult. 16 Abr. 2019]. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ABORTO+FETOS+ANENCEFALOS%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y4znfsqv>>.

EC, JA, MB, RR/LF. **Supremo julga Lei de Imprensa incompatível com a Constituição Federal**. Brasília; Notícias STF; Texto publicado em: 30 de abril de 2009. [Em linha]. [Consult. 10 Mar. 2019] Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/vernoticiadetalhe.asp?idconteudo=107402>>.