



**FACULDADE
BAIANA DE
DIREITO**
Faculdade Baiana de Direito e Gestão

FACULDADE BAIANA DE DIREITO E GESTÃO

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU*

DIREITO PÚBLICO

ESTEFÂNIA GOMES L. DE OLIVEIRA

**O ATIVISMO JUDICIAL PARA GARANTIA DA EFETIVAÇÃO
DE DIREITOS.**

Salvador

2018

ESTEFÂNIA GOMES L. DE OLIVEIRA

**O ATIVISMO JUDICIAL PARA GARANTIA DA EFETIVAÇÃO
DE DIREITOS.**

Monografia apresentada a Faculdade Baiana de
Direito e Gestão como requisito parcial para a
obtenção de grau de Especialista em Direito Público

Salvador
2018

ESTEFÂNIA GOMES L. DE OLIVEIRA

Dedico o presente trabalho ao meus pais, principais, responsáveis por todas as minhas conquistas. E ao professor-coordenador Dirley da Cunha Júnior pelo exemplo de ética, competência determinação e dedicação profissional.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus por guiar meus passos e ter me dado força e dedicação para lutar pelos meus ideais.

À toda minha família que sempre foi minha base, em especial meus pais Ester Gomes Leite e Renovato Lélis por todos os incentivos ao longo da minha vida; À minha irmã Renata Suene que sempre esteve ao meu lado; E aos meus sobrinhos Heitor e Estela que desde que chegaram ao mundo me enchem de inspiração cada vez mais para ir em busca dos meus ideais.

Aos professores pelas lições e ensinamentos passados; E a equipe MBC Advogados, por todo o profissionalismo e amizades construídas.

Por fim, destaco a célebre frase de Che Guevara, que transmite muito a respeito daquilo em que eu acredito; “Se você é capaz de tremer de indignação a cada vez que se comete uma injustiça no mundo, aproxime-se, pois, somos companheiro”.

RESUMO

O Ativismo judicial é um fenômeno que tem sido utilizado pelo Supremo Tribunal Federal com o fito de garantir a efetivação de direitos a partir da utilização de uma interpretação mais abrangente das normas constitucionais, bem como dos instrumentos processuais do controle de constitucionalidade. Para estudar este fenômeno analisamos alguns institutos jurídicos que garantem a observância dos princípios constitucionais, passamos pela Tripartição de Poderes, alguns dos princípios que são de grande relevância para o Estado Democrático de Direito o controle de constitucionalidade e todas as suas possibilidades do Supremo Tribunal federal fazer a norma e aplicar o direito, focando precipuamente na possibilidade de ser possível a utilização do fenômeno aqui estudado quando se tratar de garantir direitos fundamentais. O presente estudo almejou investigar a relação entre o fenômeno do ativismo judicial quando da sua utilização pelo Supremo Tribunal Federal para a efetivação de direitos e garantias frente a omissão do legislativo no que diz respeito a matérias que necessitam de regulamentação.

Palavras-chave: Ativismo Judicial. Interpretação. Constituição da República. Efetivação de Direitos.

ABSTRACT

Judicial activism is a phenomenon that has been used by the Federal Supreme Court with the purpose of guaranteeing the realization of rights from the use of a broader interpretation of constitutional norms, as well as procedural instruments of constitutionality control. To study this phenomenon we analyze some legal institutes that guarantee the observance of the constitutional principles, we pass through the Tripartition of Powers, some of the principles that are of great relevance for the Democratic State of Law the control of constitutionality and all its possibilities of the Federal Supreme Court to do the rule and apply the law, focusing primarily on the possibility of being possible to use the phenomenon studied here when it comes to guaranteeing fundamental rights. The present study aimed to investigate the relationship between the phenomenon of judicial activism when its use by the Federal Supreme Court for the enforcement of rights and guarantees against the omission of the legislature in matters that require regulation.

Keywords: Judiciary Activism. Interpretation. Constitution of the Republic. Effective Rights.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	8
2. Da Tripartição dos Poderes.....	10
2.1 Poder Legislativo	12
2.2 Poder Executivo	14
2.3 Poder Judiciário.....	15
3. Do Estado Democrático de Direito.	19
3.1 Do Princípio da Igualdade	22
3.2 Do Princípio da Legalidade	26
3.3 Do Princípio da Razoabilidade	30
4. Instrumentos de Controle Constitucional.....	33
4.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica.....	38
4.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.....	44
4.3 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental	48
5. Ativismo Judicial.....	51
5.1 Judicialização da Política	56
5.2 Ativismo Judicial frente à Corte Constitucional Brasileira.....	59
5.3 Ativismo Judicial e a Efetivação dos Direitos	63
6. CONCLUSÃO.....	70
REFERÊNCIAS.....	71

1. INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988 a mesma trouxe em seu texto grandes novidades no que diz respeito a atuação do Poder Judiciário mais precisamente o Supremo Tribunal Federal, permitindo com isso que o mesmo se utilize de mecanismos lá inseridos para fazer editar a norma quando da omissão do Poder Legislativo e aplicá-la, visando sempre a garantia dos direitos para aqueles que o buscam.

Dentre essas novidades temos também o controle de constitucionalidade que permite uma atuação mais inclusiva do Supremo Tribunal Federal para a criação da norma, quando necessário.

Embora a competência para legislar seja do Poder Legislativo foi aberta margem ao Poder Judiciário para se criar e aplicar o direito e este tem realizado essa atividade com maestria, a prova disso é que temos visto um Poder Judiciário como o protagonista na garantia de direitos.

É importante destacar que é de grande valia a observância das normas constitucionais, bem como dos princípios que vieram inseridos em seu texto, dentre eles o da legalidade.

O fenômeno que aqui será estudado tem sido bem debatido entre os juristas do país os quais têm pactuado de diferentes opiniões, para muitos o Supremo Tribunal Federal tem extrapolado os limites da constituição quando editam normas e faz aplicar o direito, o que no entendimento dessa corrente tem colocado o princípio da tripartição dos poderes, bem como o do Estado Democrático de Direito em risco; para outros o que se tem é uma Corte Constitucional que consegue utilizar os mecanismos que lhe foi dado pela Carta Magna de 1988 para fazer a aplicação dos direitos fundamentais e, conseqüentemente assegurar ao cidadão as garantias constitucionais de forma mais adequada sem ferir qualquer princípio.

O Supremo Tribunal Federal tem suas funções determinadas na Carta Magna de 1988, dentre essas funções está a proteção e interpretação do texto constitucional, conseqüentemente a sua atuação trás influências diretas para a sociedade como um todo, como temos visto nos últimos anos.

Ocorre que, o Poder Legislativo tem sido um tanto omissivo no que diz respeito a regulamentação de direitos o que prejudica profundamente a garantia dos direitos fundamentais da sociedade, frente a essa situação é que o Supremo Tribunal Federal, quando provocado através do sistema difuso ou concentrado de constitucionalidade ou até mesmo na utilização de uma interpretação um tanto mais esticada, vem proferindo decisões em que concretizam de fato os direitos e garantias ali pleiteados.

Dessa forma, o objetivo do presente trabalho é demonstrar como tem sido executada essa atividade pelo Supremo Tribunal Federal como o guardião que é da Constituição da República Federativa do Brasil em todo o seu conteúdo e como tem sido utilizado o fenômeno do ativismo judicial para garantir direitos que não foram abarcados por leis editadas pelo poder Legislativo.

Para falar do Ativismo judicial para a efetivação do direito, passamos por alguns institutos importantes para uma melhor compreensão do tema como a tripartição de poderes, alguns dos princípios constitucionais que dão abertura para se apurar o tema ora em estudo, o controle de constitucionalidade, um dos organismos mais importantes ao se trabalhar ativismo judicial, tendo em vista que é a partir dele que podemos vislumbrar a possibilidade de uma atuação mais ativa do Supremo Tribunal Federal.

Todos esses institutos foram trabalhados com base em textos bibliográficos de importantes doutrinadores do Direito Constitucional do país.

O meio de pesquisa utilizado para a elaboração do Trabalho de Conclusão de Curso será a dedutiva, tendo em vista ser a mais viável no desenvolvimento do raciocínio, vez que segue uma análise do tema geral, restringindo o assunto até conseguir

lançar o tema principal do trabalho, qual seja o Ativismo Judicial para garantir Efetivação dos Direitos.

2. DA TRIPARTIÇÃO DOS PODERES

A ideia da Separação de Poder surgiu na Grécia Antiga por Aristóteles, quando identificou que o Estado exercia três funções distintas, entretanto, muito embora, o seu objetivo foi limitar o Poder nas mãos de quem o detinha, o exercício das três funções se dava por um único órgão.

Após algum tempo, Montesquieu adepto da Teoria da tripartição dos Poderes, se viu em um cenário em que era possível aprimorar a ideia de Aristóteles e assim o fez em sua obra "*O espírito das leis*", quando afirmou que a tripartição dos Poderes era muito importante para o Estado, entretanto, deveria ser exercido por três órgãos distintos, autônomos e independentes entre si. O aprimoramento que Montesquieu deu à ideia da separação de poderes foi firmando o conceito de que o exercício desses poderes necessariamente deveria ser conduzido por órgãos distintos, isto é, o Poder não mais se concentraria nas mãos do soberano.

Montesquieu apresenta sua teoria com a fundamentação de que quando o homem é investido de poder de forma ilimitada tende a abusar dele até que encontre limite, foi assim que Montesquieu concluiu que o Poder somente pode ser limitado pelo próprio poder e declarou que no Estado existem três poderes com a responsabilidade de desempenhar funções distintas, assumindo a responsabilidade de legislar o Poder Legislativo; a responsabilidade de administrar o Poder Executivo e a responsabilidade de julgar o Poder Judiciário, contudo, sem tirar de cada um deles a responsabilidade de impedir que os demais abusem de suas funções, foi assim que afirmou que para a existência de liberdade política seria essencial que os três poderes não estivessem reunidos nas mãos de um único órgão.

Com a afirmação da Separação de Poderes por Montesquieu, o Estado que era absolutista passou a ser um Estado Liberal.

Assim é que, com a Revolução Francesa a doutrina da tripartição de poderes tornou-se fortemente um dogma constitucional universal, foi quando a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 firmou em seu artigo 16 que “toda sociedade na qual não esteja assegurada a garantia dos direitos nem determinada à separação dos poderes, não tem constituição”.

A separação de poderes é a base da organização dos Estados democráticos. No entanto, os Estados modernos tem se manifestado de forma um tanto mais leve quando se trata de autonomia e execução nas atividades de cada um dos Poderes, o que acaba indo um pouco de encontro com o pensamento de Montesquieu, uma vez que para esse cada um dos órgão deveriam ser totalmente autônomos, tem-se que hodiernamente o que se ver é um sistema menos rígido e mais harmônico entre si, como dispõe a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 2ª “São poderes da União independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Podemos dizer, entretanto, que há uma certa flexibilidade na execução das funções típicas e atípicas, sendo possível desenvolvê-las sem afrontar o princípio da separação de poderes. Neste sentido:

(...) o que caracteriza a independência entre os órgãos do Poder político não é a exclusividade no exercício das funções que lhes são atribuídas, mas, sim, a predominância no seu desempenho. Isso significa que, na clássica tríplice divisão funcional, as funções legislativas, executivas e judiciais são exercidas predominantemente, pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, respectivamente. Ao lado dessas funções predominantes, denominadas de funções “típicas”, há outras, chamadas de funções “atípicas”, que são realizadas não prioritariamente, mas sim subsidiariamente, por aqueles poderes como meios garantidores de sua própria autonomia e independência (...).(Cunha Júnior, Dirley da, 2015)¹

Pois bem, embora, cada um dos poderes tenha atividades específicas e predominantes elas não são exclusivas, isso significa que há entre os poderes a possibilidade de desenvolver outras atividades em determinadas situações.

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

¹ (Cunha Júnior, Dirley da, 2015, O Dogma da Separação das Funções Estatais no Estado Democrático de Direito: A Necessidade de uma Revisão da Teoria Clássica da Separação de Poderes.

O exercício das atividades pelos três poderes de forma harmônica, tem como objetivo nas sensatas palavras de Silva (2004, p. 110), “estabelecer um equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e desmando de um (poder) em detrimento de outro”.

Essa harmonia se estabelece entre os poderes com o respeito e colaboração do controle recíproco.

Por fim, é de suma importância ressaltar que tanto a independência quanto a harmonia não são absolutas, existindo exceções ao princípio da separação de poderes (SILVA 2004).

Logo, a separação de poder sendo executado de forma menos rígida e harmônica entre si, permite tanto o exercício das suas funções quanto daquelas que pertencem aos demais poderes, desde que passíveis de delegação, o que acaba viabilizando o controle ou limitação de um para com o outro.

2.1 PODER LEGISLATIVO

O Poder Legislativo tem como principal função a elaboração de leis que regulam o Estado, a conduta dos cidadãos, bem como as organizações públicas e privadas.

Para melhor entender as atividades do Poder Legislativo no Brasil, é importante esclarecer que o mesmo é representado na esfera Federal pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, denominado assim como um sistema bicameral, tendo em vista a existência de duas Casas, uma formada por representantes do povo- Câmara dos Deputados e a outra por representantes dos Estados-membros- Senado Federal, as duas Casas aqui citadas formam o Congresso Nacional. Assim é que não poderia ser outra a redação do artigo 44 da Constituição Federal, senão: “O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal”.

No que se refere à função do Congresso Nacional temos que a principal é dispor sobre matérias de competência da União, notadamente àquelas previstas no artigo 48 da Constituição da República Federativa do Brasil. Quando da elaboração das leis necessário se faz respeitar o quanto dispõe as regras do processo legislativo previstas nos artigos 61 a 69 da Constituição Federal.

No que diz respeito ao Legislativo na esfera Estadual, o mesmo é desempenhado tão somente pela Assembleia Legislativa, ficando denominado como unicameral e é composto pelos representantes do povo- Deputados Estaduais eleitos pelo voto direto e secreto, pelo sistema majoritário em único turno.

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

Enquanto isso, temos que o Poder Legislativo na esfera municipal é representado pela Câmara Municipal composta pelos Vereadores que são representantes do povo do município.

O Legislativo na esfera municipal tem o condão de legislar sobre as matérias dispostas na Constituição Federal como sendo da sua competência, além disso, o Vereador como agente público que é, tem o dever de ser o protetor da sociedade, não devendo as atribuições dos Edis se restringir apenas às Sessões da Câmara. O Vereador no uso de suas atribuições tem a obrigação de conhecer todos os problemas constantes da sociedade e tomar providências cabíveis para a sua resolução.

O Vereador também é eleito pelo voto direto e secreto e é o representante do povo no município ao qual foi eleito.

Passando pelas premissas das atividades do Legislativo na esfera Federal, Estadual e Municipal, é importante esclarecer que existem outras atividades que são desenvolvidas pelo Legislativo não menos importante que as citadas durante o texto. Podemos dizer, entretanto, que também são desempenhadas pelo Legislativo as atividades deliberativas, de controle e fiscalização, estas últimas realizadas com

intermédio tanto dos Tribunais de Contas, quanto das Comissões Parlamentares de Inquérito, como prever o artigo 58, §3º da Constituição Federal.

O Legislativo como um todo, isto é, em todas as esferas cria a Comissão de Inquérito, formada pelos seus membros, entretanto, salienta-se que no caso da Câmara dos Deputados e do Senado Federal a criação da Comissão de Inquérito pode se dá conjuntamente ou de forma separada, essa será uma questão resolvida pelo Congresso Nacional. Importante destacar ainda, que sua criação ocorre por meio de requerimento de no mínimo 1/3 dos seus membros, isso no que se refere ao Congresso Nacional, entretanto, o Legislativo das outras esferas, geralmente editam o seu Regimento Interno observando o quanto é estipulado no Congresso Nacional para a formação de uma Comissão de Inquérito.

A comissão de Inquérito é de suma importância para Legislativo, tendo em vista que, dentre as atividades de sua competência uma das mais importantes fica atribuído à mesma, já que é esta quem realiza na forma acima mencionada a investigação de possíveis irregularidades.

Após apuradas as irregularidades, cabe ao Legislativo encaminhar a sua conclusão para o órgão que possui competência para o seu julgamento, uma vez que o legislativo não tem competência jurisdicional para pronunciar qualquer medida cautelar, ainda que tenhamos um sistema menos rígido, como mencionado anteriormente.

2.2 PODER EXECUTIVO

O Poder Executivo tem como principal atividade governar o povo e administrar os interesses públicos observando rigidamente as determinações legais. O Poder Executivo é um Poder multifacético, a depender do sistema aonde o mesmo encontra-se instalado.

O Poder Executivo é um dos órgãos políticos do Estado, que tem por competência institucional a condução das atividades de Estado, Governo e Administração Pública. Enquanto órgão que exerce a chefia de Estado, representa internacionalmente a soberania estatal; enquanto órgão de chefia de Governo, dirige a vida política nacional, executando as políticas

públicas adotadas pela Constituição e pelas leis; e enquanto órgão de chefia de Administração presta os serviços públicos necessários para atender as necessidades coletivas (Cunha Júnior, Dirley da, Curso de Direito Constitucional, p. 979, 2017).

O Brasil é um país que adotou o sistema do presidencialismo, logo o representante do Poder Executivo na esfera Federal é o Presidente da República, entretanto, nas esferas estaduais e municipais esta representação se dá pelo Governador e Prefeito, respectivamente.

No presidencialismo o chefe do Poder Executivo é escolhido pelo povo em eleições diretas, secretas, para mandatos regulares. O sistema adotado pelo Brasil na eleição para preencher o cargo de Chefe do Poder Executivo é o majoritário em dois turnos, diferente do sistema majoritário puro e simples que ocorre na eleição para senadores. O Chefe do Poder Executivo acumula a função de Chefe de Estado, Chefe de Governo e Chefe da Administração.

O artigo 84 da Constituição da República Federativa do Brasil estabelece de forma não taxativa as principais atribuições do Presidente da República, estando dentre elas tanto as que são da chefia de Estado, quanto àquelas que são da chefia de governo, bem como as de chefia da administração pública.

A Constituição ainda confere ao Presidente da República o exercício de outras atribuições previstas na Constituição, como, por exemplo, elaborar leis delegadas. (Cunha Júnior, Dirley da, 2017).

Também, é necessário acrescentar que dentre tantas atividades que são desempenhadas pelo presidente da República está a da jurisdição quando se fala em decisões de processos e procedimentos administrativos, desde que dirigidos ao Executivo.

2.3 PODER JUDICIÁRIO

O Poder Judiciário tem como principal função a jurisdição, que nada mais é do que a resolução de conflitos declarando o direito a ser aplicado em cada caso, é muito importante ressaltar que, embora essa seja uma atividade inerente ao judiciário, o

mesmo não a exerce sem que seja provocado por uma das partes que tenha interesse na resolução do conflito, uma vez que o Poder Judiciário deve, necessariamente, ser imparcial.

Como função do Estado de declarar, criar e realizar o direito diante de uma situação jurídica controvertida visando solucioná-la, a jurisdição é uma atividade *secundária* (pois através dela o Estado realiza uma atividade que deveria ter sido primariamente e espontaneamente exercida pelas partes), *instrumental* (pois é o meio ou instrumental de que o próprio direito dispõe para impor-se à obediência de todos), *desinteressada* (pois a jurisdição não sede a nenhum dos interesses envolvidos, mas tão somente ao direito que visa declarar, criar ou executar) e *provocada* (é atividade inicialmente inerte, dependente de ser suscitada por quem tenha interesse e legitimidade), que alguns órgãos do Estado exercem, visando remover e solucionar uma situação-obstáculo posta por fato do homem ou por fato da lei, que não pôde ser resolvida por iniciativa dos próprios interessados (Cunha Junior, Dirley, da, 2017, p. 997).

Ainda nas lições de Dirley da Cunha Júnior (2017, p. 997).

Como sabido, a jurisdição é a atividade por via da qual se manifesta uma das funções políticas do Estado: a função judicial ou jurisdicional. Através dela o Estado, que deve ser provocado (pois a jurisdição é parcialmente inerte), substituindo-se às partes e de forma imparcial.

O Poder judiciário tem exercido cada vez mais com maestria a sua função de garantir a aplicação do direito e resolver os conflitos existentes na sociedade. Nos últimos tempos, inclusive, temos visto inúmeras decisões em que é possível verificar o quanto tem sobressaído os poderes instrutórios do juiz o que é super válido, desde que quando da aplicação da lei e da resolução do conflito não haja uma dissociação com o que está previsto em nossa Carta Magna.

É importante esclarecer ainda que, além das funções próprias do judiciário já citadas acima, também deve ser exercido por esse Poder a função executiva na administração de seus servidores e a função legislativa na elaboração de seus regulamentos.

Além disso temos que este é um Poder que encontra diversidade quando da execução da sua função, muito embora, tenha o mesmo caráter uno e indivisível, uma vez que, após o trânsito em julgado das decisões não mais poderão ser modificadas, além disso temos que as decisões de caráter administrativa podem

perfeitamente serem reapreciadas, já que o contencioso administrativo não pode proferir decisões com força de coisa julgada.

A conclusão que se tem no que diz respeito ao Poder judiciário é que a sua função não se restringe tão somente a meras resoluções de conflitos sociais, tornou-se um Poder com capacidade funcional muito mais amplo, isto significa que, a função do Poder judiciário é muito mais abrangente, vai desde a solução dos conflitos mais simples até àqueles conflitos de caráter coletivo e constitucional.

Com a Supremacia da Constituição Federal e a amplitude que tem tomado o Poder Judiciário na aplicação das normas, notadamente àquelas que asseguram os direitos fundamentais aos cidadãos, tem sido mais corriqueiro que questões um tanto mais importantes para a sociedade como um todo sejam decididas pelo Poder judiciário, entretanto, tem-se que a mesma Carta Magna que assegura ao cidadão direitos fundamentais, permitindo que os mesmos sejam concretizados através dos juízes e Tribunais, é a mesma que impõe limites a cada um dos Poderes quando se trata de competência para o exercício de determinadas funções. Entretanto, o que tem visto, é um Poder judiciário mais efetivo ao interpretar uma norma expandindo, contudo, o seu sentido e alcance quando se tem um Legislativo omissivo.

O Poder Judiciário é o Poder que concretiza a nossa Carta Magna, diante dessa concretização é que tornou-se cada vez mais amplo e estratégico na sua estrutura do Estado.

O Poder Judiciário brasileiro é um órgão estratégico na estrutura do Estado pois as eventuais lesões à Constituição, atos supralegais, primários e secundários serão submetidos ao crivo deste importante órgão (Rodrigo, Padilha, 2014, p.489).

Temos tido no judiciário, juízes que interpretam a Lei de uma forma mais abrangente buscando, cada vez mais garantir o direito para com todos da sociedade.

Entretanto, é importante destacar que mesmo com os juízes podendo utilizar de uma interpretação mais ampla na hora de aplicar o direito, a legalidade deverá ser sempre observada, isto significa que o magistrado é livre para decidir até os limites impostos pela legislação, mantendo-se inatingível a integridade do *due process of law*.

Defendemos, contudo, na sociedade moderna, o aumento dos poderes instrutórios do juiz na condução do processo. Isso não significa, segundo já expusemos, o exercício de "... atividade jurisdicional fora dos limites da lei, tomada em sua acepção ampla. A legalidade deverá ser sempre observada, podendo o magistrado avançar até os limites tolerados pelo ordenamento jurídico, desde que mantenha inatingível a integridade do *due process of law*" (Lenza, Pedro, 2017, p. 764).

Ainda acerca de uma aplicação mais abrangente da norma sem ferir a sua legalidade:

(...) se de um lado no Estado Moderno não mais se tolera o juiz passivo e espectador, de outro sua participação ativa encontra limites ditados pelo mesmo sistema de legalidade. Todo empenho que se espera do juiz no curso do processo e para sua instrução precisa, pois, por um lado, ser conduzido com a consciência dos objetivos e menos apegos às formas como tais ou à letra da lei; mas, por outro, com a preocupação pela integridade do *due process of law*, que representa penhor e segurança aos litigantes. É claro que, com certas atitudes menos ortodoxas ou desapegadas do texto da lei, o juiz acaba por endereçar os fatos a resultados que não seriam atingidos se sua postura fosse outras e que não costumavam sê-lo antes das inovações que ele põe em prática. São atitudes marcadamente instrumentalistas, das quais significativo exemplo é a já referida *desconsideração da pessoa jurídica* (C. R. Dinamarco, 2013, p. 200).

Ainda nas lições de C. R. Dinamarco, (2013, p. 200)

(...) o juiz age como canal de comunicação entre a nação e o processo e... quando inovar por conta própria, *contra legem* ou fora dos limites tolerados, ele estará agindo sem fidelidade aos objetivos de sua missão e o que pretender impor carecerá de licitude ou mesmo de legitimidade.

O Poder judiciário é composto por órgãos, tais quais: Conselho Nacional de Justiça; Superior Tribunal de Justiça; Tribunais regionais Federais e juízes federais; os Tribunais e Juízes do Trabalho; os Tribunais e Juízes Eleitorais; os Tribunais e Juízes Militares; os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, todos com suas estruturas devidamente estabelecidas na Constituição da República Federativa do Brasil, precisamente em seus artigos 92 ao 126.

Ressalto por fim, que o Poder Judiciário é um poder que tem suas garantias previstas na Constituição Federal (artigos acima mencionados), em todos os seus órgãos e para todos os seus integrantes, além disso, a garantia da sua independência, bem como a sua autonomia são consideradas requisitos essenciais

para a existência de um Estado Democrático de Direito, por esta razão é que este é um Poder que possui autolegislação (artigo 96, I, a, CF), autogestão (artigo 96, I, b a f, CF) e autonomia financeira (artigo 99 CF).

3. DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Estado de Direito teve início com as ideias liberais e foi criado com o fito de trazer uma limitação ao poder do Soberano garantindo ao cidadão as liberdades individuais, entretanto, a sua principal característica é a submissão do poder político às leis, bem como à divisão dos poderes de forma independente e harmônica, como já contemplado anteriormente, bem como ao enunciado das garantias dos direitos individuais.

Entretanto, faz-se necessário esclarecer que o Estado de Direito não se concretiza, de logo, em um Estado Democrático, uma vez que este surge apenas quando da existência de um Estado de justiça material, que notadamente serve de base para uma sociedade democrática, onde o povo tem a sua participação ativa nas decisões. Assim, é que a democracia tem como principal objetivo aperfeiçoar o sistema de organização social, tendo o Estado como possuidor do poder soberano, isto significa, entretanto, que o Estado Democrático de Direito é pautado naquilo em que a lei impõe, contudo, o que se espera é que a lei em si traga uma igualdade de condições entre os socialmente desiguais.

A República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito, os fundamentos dessa democracia é a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político, assim é que podemos dizer que esses fundamentos, juntamente com a união indissolúvel dos Estados são o alicerce que sustenta a Democracia da República Federativa do Brasil.

O Estado de Direito tem como principal objetivo em sua formação a limitação do Estado pelo direito, embora tenhamos os representantes do povo eleitos na forma estipulada em nossa Carta Magna, não podemos dizer que são os homens que impõe esse limite, mas tão somente o direito aplicado. Bandeira de Melo (2005)

afirma que “No Estado de Direito quer-se o governo das leis, e não o dos homens; impera a *rule of law, not of men*”.² Podemos dizer, entretanto, que é um Estado que vige o princípio da legalidade e que todos estamos submetidos à legislação vigente.

A República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito.

A previsão desse regime jurídico é forçada pelo princípio democrático de direito que marcou o texto 1988 e pela cláusula contida no parágrafo único do artigo 1º, ao dispor que todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente nos termos desta Constituição (Lenza, Pedro, 2017, p. 1468).

Analisando o Estado Democrático que é a República Federativa do Brasil e os fundamentos e princípios que o regem, tem-se que o que se busca é a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, onde se trabalha para garantir o desenvolvimento nacional, com o fito de acabar com a desigualdade social, violência, bem como erradicar a pobreza e por fim promover o bem estar de todos, sem qualquer tipo de preconceitos.

O Brasil é um país que domina nas suas relações internacionais, uma vez que este é uma República Federativa que possui princípios de independência, da prevalência dos direitos humanos, da autodeterminação dos povos, da não intervenção, da igualdade entre os Estados, da defesa da paz, da solução pacífica dos conflitos, do repúdio ao terrorismo e ao racismo, da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade e da concessão de asilo político.

Os princípios constitucionais, entretanto, tem o condão de validar a interpretação das demais normas que compõe o ordenamento jurídico, sendo, portanto, os que verdadeiramente legitimam o exercício dos poderes estatais.

Em se tratando de um Estado Democrático de Direito necessário se faz entender os valores do texto constitucional, bem como os princípios que nele foram firmados, tendo em vista que, é a partir daí que chegaremos a conclusão das referências que deverão ser observados pelo Estado Democrático de Direito.

² Original sem grifos

Quando se fala em princípio de logo, pensamos que há uma ligação muito forte com valores daquilo em que se acredita, senão, pensamos que, um é inerente ao outro, por esta razão, é importante esclarecer ainda, a diferença de cada um na aplicação das normas consolidadas tanto em nossa Carta Magna, quanto nas normas esparsas existentes em nosso Estado Democrático de Direito.

Logo, podemos afirmar que princípios são condições, normas ou pressupostos tido como universais que determinam as regras que devem ser observadas, independente do lugar em que estejam sendo aplicados, os princípios são inquestionáveis quando legitimados por uma sociedade, além disso, a sua adoção é válida tanto para a criação da constituição de um país quanto para os acordos realizados entre as nações, bem como para reger as relações de uma sociedade como um todo.

No que se refere aos valores, podemos dizer que esses são regras ou padrões sociais que uma sociedade aceita e mantém em razão principalmente, de uma cultura a depender do local onde cada grupo se encontra inserido, diferentemente dos princípios, os valores são questionáveis e estão ligados àquilo que cada indivíduo acredita, isto significa que um determinado valor para um não necessariamente é um valor para o outro, além disso, a sua aplicação pode ou não ser ética, como ressaltamos acima, isso vai depender de como o outro encara aquilo que você entende por valor, por fim, quando falamos em valor não é possível dizer o que é certo ou errado, uma vez que, valores são um tanto subjetivos quando da sua definição em uma sociedade. Entretanto, existem valores também que tem sua importância em nosso ordenamento jurídico, tendo em vista que, pode ser utilizado como fonte de interpretação da norma.

Pois bem, vencida a diferença entre princípios e valores partimos para entender a importância deles quando se fala em Estado Democrático de Direito.

Primeiramente cumpre chamar atenção para o fato de que, tanto os princípios quanto os valores consagrados constitucionalmente possuem força normativa e vinculante que transborda por todo ordenamento jurídico harmonizando a realidade social com os objetivos que foram eleitos democraticamente pelo povo, assim é que

podemos dizer que o Estado Democrático de Direito trouxe o ser humano para o meio da estrutura jurídica, social e política de um país tratando-os como detentores de direitos civis e sociais, tendo como principal objetivo garantir-lhes uma vida digna. Como mencionado anteriormente a Constituição da República Federativa do Brasil traz em seu artigo 1º princípios que fundamentam a sua Democracia, vejamos:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I- a soberania;
- II- a cidadania;
- III- a dignidade da pessoa humana;
- IV- os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V- o pluralismo político

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Por fim, podemos dizer que o Estado Democrático de Direitos nos dias atuais tem como principal fundamento a organização da sociedade política no mundo moderno, objetivando firmar um equilíbrio entre liberdade e igualdade social, para proporcionar ao ser humano a vida com dignidade que tanto se prega em nossa Carta Magna.

3.1 DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Primeiramente, não dá para falar em democracia e não abordar o Princípio da Igualdade, tendo em vista que esse é o alicerce para a construção de um Estado Democrático.

A igualdade, desde a Antiguidade, é indissolúvelmente associada à democracia. No célebre discurso de Péricles em honra aos mortos no primeiro ano da guerra do Peloponeso, é a “isonomia”, isto é, a igualdade perante a lei, apontada como um dos três características fundamentais da democracia ateniense.

(...) não se pode modernamente caracterizar a democracia sem que se abra lugar para a igualdade, embora esse lugar não seja sempre o mesmo (Ferreira Filho, Manoel Gonçalves, 2013, p. 314).

O princípio da Igualdade teve sua origem no contexto do Estado Social de Direito, com o objetivo de rechaçar as desigualdades que eram desenvolvidas nas relações com o setor privado. Entretanto, o princípio em estudo não recebia a importância que de fato detinha, perdendo esse lugar para o princípio da liberdade. José Afonso da Silva na sua ilustre lição sobre o tema afirma que:

A igualdade é o signo fundamental da democracia, não admitindo privilégios e distinções que o regime puramente liberal consagra:

Por isso é que a burguesia, cônica de seu privilégio de classe, jamais postulou um regime de igualdade tanto quanto reivindicara o de liberdade. É que um regime de igualdade contraria seus interesses e dá à liberdade sentido material que não se harmoniza com o domínio de classe em que assenta a democracia liberal burguesa (SILVA, José Afonso, 2007, p. 211).

No período anterior as Revoluções históricas, tais quais: inglesa, francesa e norte-americana, para Daniel Sarmiento (2008) “as pessoas não eram concebidas como iguais. Seus direitos e deveres decorriam do pertencimento a um determinado grupo social e não da sua natureza humana”. Nesse período o que determinavam os direitos e as obrigações era a condição social de cada indivíduo que era fixado com o seu nascimento.

No entanto, foi com a chegada do Estado Social, que houve uma outra análise a respeito do princípio da igualdade, pois o constitucionalismo social veio com o fito de acabar as injustiças sociais e foi o princípio da igualdade quem amparou a garantia dos direitos econômicos e sociais.

Há, no entanto, uma mudança ao modo de ver o princípio da igualdade, pois este foi modificado pelo modelo social do direito, que consolidou um tratamento diferenciado aos hipossuficientes econômica e socialmente. Foi a partir daí que a igualdade deixou de ser formal e assumiu uma concepção material, viabilizando um tratamento desigualmente aos desiguais na medida das suas desigualdades.

Assim é que o principal fundamento do princípio da igualdade para o Estado Democrático de Direito é a dignidade da pessoa humana, que com as exigências do constitucionalismo moderno passou a ser vista como o fim, transformando-se em um ser concreto sobressaindo no seio da sociedade.

A noção de igualdade, assim, deixa de centrar no conteúdo (igualdade material), ao voltar-se para o exame dos pressupostos procedimentais que devem ser cumpridos no discurso do Direito. (...) o constitucionalismo contemporâneo exige o direito de igual participação do cidadão em todas as práticas estatais, sejam elas oriundas de quaisquer Poderes Constituídos (CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza, 2005, p. 11).

No mais temos que:

A Constituição Federal de 1988, representando o marco jurídico da democracia no país, redefiniu o conceito de igualdade entre homens e mulheres somando o caráter formal, sempre presentes nas Constituições anteriores, ao caráter material, com reconhecimento explícito das diferenças e da condição de desigualdade da mulher na sociedade (PIOVESAN, 2005, p. 48).

A Constituição da República Federativa do Brasil, por sua vez, procurou com o Regime democrático nela estabelecido, principalmente no que diz respeito a igualdade entre homens e mulheres, conciliar com o princípio da dignidade humana e repúdio à intolerância aos diferentes. O que se tem na verdade é uma Constituição Federal que buscou consignar em seu texto garantias de igualdade visando uma sociedade mais justa.

A Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desiguam, é exigência tradicional do próprio conceito de justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito, sem que se esqueça, porém, como ressaltado por Fábio Konder Comparato, que as chamadas liberdades materiais têm por objetivo a igualdade de condições sociais, meta a ser alcançada, não só por meio de leis, mas também pela aplicação de políticas ou programas de ação estatal (Moraes, Alexandre de, 2009, p. 36-37).

Pois bem, é com o fito de garantir a todos, sem qualquer distinção, os direitos e garantias previstos em nossa Carta Magna, (porque só assim se constrói de fato um país democrático), que se faz necessário verificar a possibilidade de se refletir a respeito da interpretação no mundo jurídico como instrumento de efetividade das normas constitucionais para sua melhor aplicação.

Na verdade, o princípio de igualdade é uma limitação ao legislador e uma regra de interpretação.
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. Inserido o princípio na Constituição, a lei que o violar será inconstitucional.
É também um princípio de interpretação. O juiz deverá dar sempre à lei o entendimento que não crie privilégios, de espécie alguma. E, como o juiz,

assim deverá proceder todo aquele que tiver de aplicar uma lei (Ferreira Filho, Manoel Gonçalves, 2013, p. 314).

Importante ressaltar também que embora, o princípio da igualdade seja o alicerce para a construção de um Estado Democrático de Direito, como já foi muito bem colocado outrora, necessário se faz esclarecer que nem sempre há uma aplicação justa em relação ao mesmo, tendo em vista a complexidade que se tem em executar o princípio ora em estudo no modelo de democracia existente no Brasil, uma vez que, as normas impeditivas não são suficientes o bastante para retirar de cena a discriminação, sendo indispensável contar com aquelas normas de cunho integrativas.

É dever do Estado sempre promover a efetivação do princípio da igualdade, e que fique claro que não basta uma aplicação meramente formal, uma vez que esta diz-se do Estado liberal burguês.

A Constituição Federal de 1988 é o documento popular que exterioriza a vontade das pessoas que se comprometeram em respeitá-la em todo o seu corpo. O princípio aqui trabalhado juntamente com o princípio da liberdade está dentre aqueles que junto com as regras norteiam e garantem essa vontade popular. O princípio da igualdade e da liberdade, por sua vez são os que destacam o maior suporte ao Estado Democrático de Direito, não podemos esquecer ainda que os princípios aqui citados (igualdade e liberdade) têm a sua definição também dentro do conceito de cidadania, uma vez que são normas fundamentadoras criadas em um momento em que se buscava a valorização do cidadão.

Ao menos formalmente falando o princípio da igualdade foi de fato alcançado com a elaboração da Constituição Federal de 1988, no entanto, continua sendo ratificada todos os dias na medida em que se acredita na eficácia das normas insertas expostas na Constituição Federal em especial no que diz respeito ao princípio da igualdade.

Assim é que, para que haja uma aplicação mais eficaz, os intérpretes do direito em especial os juízes que estão diariamente decidindo a vida do cidadão na resolução dos seus conflitos, cabem em nome do Estado pacificar os conflitos sociais

utilizando de uma interpretação mais abrangente, quando necessário, desde que claro, não ultrapasse os limites essenciais para se alcançar a democracia. Assim, necessário se faz utilizar-se dos métodos interpretativos obedecendo aos ideais da democracia.

As garantias da democracia estão asseguradas quando da execução dos princípios da igualdade e da liberdade em uma sociedade, pois a utilização desses princípios é de grande relevância para a manutenção e preservação do Estado Democrático de Direito.

Por fim, cumpre chamar atenção para o fato de que só será possível vivenciar diariamente uma democracia se houver uma cidadania incondicional e, isso só será possível com uma execução eficaz dos princípios da igualdade e da liberdade que, como já contemplados anteriormente, são os pilares para a construção de um Estado Democrático de Direito.

3.2 DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O princípio da legalidade surgiu com o Estado de Direito quando para a sua atuação o principal fundamento é a lei, assim podemos dizer que a noção do Estado Democrático de Direito é regido pelo império da Lei.

O princípio em estudo está contemplado na Constituição Federal de 1988 nos artigos 5º, II; 37 e 84, IV, entretanto, já vinha sendo estabelecido na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em seu artigo 4º.

(...) entende-se por princípio da Legalidade aquele pelo qual todos os organismos do Estado, isto é, todos os organismos que exercem poder público, devem atuar no âmbito das leis, a não ser em casos excepcionais expressamente preestabelecidos, e pelo fato de já estarem preestabelecidos, também perfeitamente legais. O princípio de Legalidade tolera o exercício discricionário do poder, mas exclui o exercício arbitrário, entendendo-se por exercício arbitrário todo ato emitido com base numa análise e num juízo estritamente pessoal da situação (Bobbio, Norberto, 1998, p. 674).

A atuação do Estado deve se fundar dentro dos parâmetros legais, tendo em vista que a execução das suas atividades visa atender o interesse da coletividade, já que o bem comum de todos necessariamente deve ser a sua prioridade. Assim é que, o Estado Democrático de Direito quando da sua atuação deve observar tão somente o estrito cumprimento da Lei, excluindo, portanto, a vontade do indivíduo.

Nenhuma das execuções do Estado Democrático de Direito pode fugir à ordenação da lei, pois se assim o fizer estará incorrendo na pena de macular-se da ilegalidade e da arbitrariedade.

O princípio da legalidade no Estado Democrático de Direito tem influência direta com o fundamento da dignidade da pessoa humana, tendo em vista que, reporta-se a noção de proteção e desenvolvimento da pessoa que o tem como referencial. Partindo-se dessa premissa tem-se que a legalidade preserva tanto a liberdade quanto à dignidade do homem e conseqüentemente impossibilita o uso arbitrário do poder pelo Estado.

Quando houver necessidade de agir, necessariamente deve haver meios legais para tanto, pois a atuação não pode ser realizada como o agente quer, mas tão somente como a lei ordena, assim é que podemos dizer que um dos principais filtros de garantias individuais na relação entre o Estado e o sujeito é o princípio da legalidade.

O princípio da legalidade permite a ação do estado apenas quando este for autorizado na forma e na medida em que a Lei dispuser. É importante destacar ainda que, não havendo disposição legal para a atuação do Estado ainda assim, as medidas a serem tomadas devem estar nitidamente vinculadas à vontade da lei e não dos agentes representantes do Estado, isso só demonstra que a Lei está acima de qualquer agente estatal.

Como decorrência da indisponibilidade do interesse público, a atividade administrativa só pode ser exercida em conformidade absoluta com a lei. O princípio da legalidade é uma exigência que decorre do Estado Democrático de Direito, ou seja, da submissão do Estado ao império da ordem jurídica (Cunha Junior, Dirley, da, 2017, p. 844).

É de grade relevância destacar que há uma enorme diferença entre a aplicação do referido princípio no que diz respeito a atuação do Estado e do Particular, uma vez que o Estado, como bem já mencionado deve fazer tudo conforme preceitua a Lei, enquanto que, para o particular o que não estiver estabelecido em Lei não há razão para deixar de fazer, pois nas relações particulares só é proibido o que estiver disposto na legislação como defeso.

Sabe-se que, no âmbito das relações privadas, vige a ideia de que tudo que não está proibido em lei está permitido. Nas relações públicas, contudo, o princípio da legalidade envolve a ideia de que a Administração Pública só pode atuar quando autorizada ou permitida pela lei. A norma deve autorizar o agir e o não agir dos sujeitos da Administração Pública, pois ela é integralmente subserviente à lei (Cunha Junior, Dirley, da, 2017, p. 844).

Embora seja o Estado quem elabora as leis, não o Estado na atividade administrativa, mas na atividade política, o mesmo, assim como o dever que tem de impô-la, terá de observá-la, pois é o que garante a democracia, tendo em vista que caso assim não fosse, isto é, quem faz a lei não se obrigar a ela também, estaríamos diante de uma arbitrariedade, não haveria, entretanto, que se falar em democracia.

Outro objetivo importante do princípio da legalidade é assegurar a igualdade e a segurança jurídica. Como vimos anteriormente, a igualdade que se busca em um Estado Democrático de Direito é tratamento análogo a todos os cidadãos, a própria lei impõe em seu texto essas características de generalidade e abstração. A lei também impede as fontes de perseguição e favoritismo, pois caso nos deparemos com essas fontes, logo se ver que não estamos frente a uma Democracia, uma vez que, o Estado Democrático de Direito jamais compatibiliza com isso. Assim, podemos dizer que, havendo incompatibilidade a qual nos referimos no texto, logo a insatisfação toma conta e a instabilidade se instaura.

A segurança jurídica em um Estado Democrático de Direito é de suma importância e tanto a lei quanto a aplicação da mesma, consegue restituir os valores sociais e, conseqüentemente, determinar a validade e conveniência das condutas humanas. A força das instituições democráticas é inerente à lei, bem como à observância da mesma, assim é que podemos afirmar que sem a segurança jurídica haveria na

verdade um desespero social de tal grandeza que impossibilitaria a vida em sociedade.

Pois bem, a segurança jurídica que buscamos diariamente nas decisões proferidas pelos nossos Tribunais, nos textos de leis expressos, isto é, em todo o conjunto de normas que rege a sociedade tem uma imensa ligação com o princípio aqui em estudo, pois o princípio da legalidade é a garantia do cidadão frente ao poder, por isso, é que respeitar tal princípio é respeitar aos demais.

O governo das leis celebra hoje o próprio triunfo na democracia. E o que é a democracia se não um conjunto de regras (as chamadas regras do jogo) para a solução dos conflitos sem derramamento de sangue? E em que consiste o bom governo democrático se não, acima de tudo, no rigoroso respeito a estas regras? Pessoalmente não tenho dúvidas sobre a resposta a estas questões. E exatamente por não ter dúvidas, posso concluir tranquilamente que a democracia é o governo das leis por excelência. No momento mesmo em que um regime democrático perde de vista este seu princípio inspirador, degenera rapidamente em seu contrário, numa das tantas formas de governo autocrático de que estão repletas as narrações dos historiadores e as reflexões dos escritores políticos (Bobbio, Norberto, p. 171) ³

O princípio da legalidade é o mais relevante instrumento da Constituição da República Federativa do Brasil, que tem como fito a proteção do indivíduo no Estado Democrático de Direito firmado junto às garantias constitucionais de proteção aos direitos e liberdades individuais.

Embora tenha o princípio da legalidade o objetivo de garantir proteção ao cidadão com a devida observância do quanto disposto na legislação para a resolução dos conflitos, é possível que o juiz faça uma interpretação mais abrangente quando for necessário aplicar o direito que não esteja claramente abarcado nas normas que regem o Estado Democrático de Direito, isso não significa que se cria um direito de qualquer jeito para aplicar ao caso concreto, não! Na falta de norma reguladora o juiz observando o quanto disposto nas normas jurídicas dará a estas uma interpretação de cunho mais extensivo, entretanto, sem ferir os princípios constitucionais e com o objetivo de garantir o direito ao indivíduo. Nessa perspectiva é que há uma necessidade enorme de se conhecer os fatos sociais, a evolução da

³ Norberto Bobbio. O Futuro da Democracia- Uma Defesa das Regras do Jogo, 4ª edição, Editora Paz e Terra, p. 171

sociedade e os problemas que vem se enfrentando, para, interpretar a lei de tal forma que possa garantir a justiça.

A norma jurídica sempre necessita de interpretação. A clareza de um texto é coisa relativa. Uma mesma disposição pode ser clara em sua aplicação aos casos mais imediatos e pode ser duvidosa quando se aplica a outras relações que nela possam enquadrar e às quais não se refere diretamente, e a outras questões que, na prática, em sua atuação, podem sempre surgir. Uma disposição poderá parecer clara a quem a examinar superficialmente, ao passo que se revelará tal a quem a considerar nos seus fins, nos seus precedentes históricos, nas suas conexões com todos os elementos sociais que agem sobre a vida do direito na sua aplicação a relações que, como produto de novas exigências e condições, não poderiam ser consideradas, ao tempo da formação da lei, na sua conexão o sistema geral do direito positivo vigente (DINIZ, Maria Helena, 1991, p. 381)

Também nas lições de MAXIMILIANO temos:

As leis positivas são formuladas em termos gerais; fixam regras, consolidam princípios, estabelecem normas, em linguagem clara e precisa, porém ampla, sem descer a minúcias. É tarefa primordial do executor a pesquisa da relação entre o texto abstrato e o caso concreto, entre a norma jurídica e o fato social, isto é, aplicar o Direito. Para conseguir, se faz mister um trabalho preliminar: descobrir e fixar o sentido verdadeiro da regra positiva: e logo depois, o respectivo alcance, a sua extensão. Em resumo, o executor extrai da norma tudo o que na mesma se contém: é o que se chama interpretar, isto é, determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito (MAXIMILIANO, Carlos. 1994 p. 1).

Destarte, embora tenhamos certeza do quão importante é o princípio da legalidade para a existência de um Estado Democrático de Direito, não podemos deixar de ressaltar a relevância que se tem a interpretação de uma norma na aplicação do direito, sem ferir, contudo, os princípios constitucionais existentes, dentre eles o da legalidade.

3.3 DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE

O Princípio da razoabilidade ou proporcionalidade tem como principal razão de ser limitar a execução e discricionariedade dos Poderes Públicos com o fito de evitar excessos desarrazoados em seus atos. Assim é que na atuação do Poder Público é possível verificar os aspectos de adequação, necessidade e proporcionalidade, tendo em vista que, o que é instituído pelo princípio da razoabilidade é que os

agentes públicos ao executar as suas atividades adotam meios para alcançar o seu fim.

O princípio da razoabilidade também tem como objetivo sanar a colisão entre os princípios jurídicos que são tidos como valores, bens e interesses. Importante ressaltar que, o princípio da razoabilidade é um tanto subjetivo e por esta razão existem autores que contemplam a existência de subprincípios que conferem à razoabilidade maior grau de objetividade.

Nas lições de Rodrigo Padilha, temos os subprincípios classificados como necessidade, adequação e proporcionalidade.

Necessidade (exigibilidade) – A conduta deve ser necessária e somente tomada se não houver outro meio menos gravoso ou oneroso para a sociedade;

Adequação (pertinência ou idoneidade) – O meio adotado deve ser compatível com o fim;

Proporcionalidade em sentido estrito – As vantagens conquistadas com a prática do ato devem superar as desvantagens (PADILHA, Rodrigo. 2014 p. 99).⁴

A razoabilidade opera como ferramenta para determinar a circunstância do caso concreto e, conseqüentemente se aplicar o direito. O Princípio da razoabilidade na aplicação do direito trás no seu bojo o senso de justiça, equilíbrio, sabedoria, proibição do excesso e por fim podemos dizer que tem na sua natureza a interpretação como meio viável para a melhor aplicação das normas jurídicas na sociedade.

No âmbito do direito constitucional, que o acolheu e reforçou, a ponto de impô-lo à obediência não apenas das autoridades administrativas, mas também de juízes e legisladores, esse princípio acabou se tornando consubstancial à própria ideia de Estado de Direito pela sua íntima ligação com os direitos fundamentais, que lhe dão suporte e, ao mesmo tempo, dele dependem para se realizar. Essa interdependência se manifesta especialmente nas colisões entre bens ou valores igualmente protegidos pela constituição, conflitos que só resolvem de modo justo ou equilibrado fazendo-se apelo ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, o qual é indissociável da ponderação de bens e, ao lado da adequação e da necessidade, compõe a proporcionalidade em sentido amplo (COELHO, Inocência Mártires. Interpretação Constitucional, 2ª ed.,1997)

⁴ Original sem grifos

O princípio ora em voga tem muita relevância no Estado Democrático de Direito já que possui uma ampla ligação com os princípios que giram em torno da dignidade da pessoa humana, além disso, é possível utilizar-se do princípio da razoabilidade para se fazer uma melhor interpretação da norma, pois, como sabemos a letra da lei é fria e necessita quando da sua aplicação de uma interpretação mais abrangente e devidamente proporcional a cada caso concreto, pois só assim será possível trazer ao indivíduo o calor da justiça.

Deste modo, pode se dizer que o princípio da razoabilidade/proporcionalidade tem enorme utilização quando da apreciação dos atos do Estado no que diz respeito à sua constitucionalidade, como instrumento de proteção dos direitos fundamentais presentes em nossa Carta Magna.

Embora o princípio da razoabilidade/proporcionalidade não esteja de forma expressa na Constituição Federal de 1988 adentra-se na estrutura normativa da mesma e se destaca junto com os princípios gerais que norteiam a interpretação das regras constitucionais e infraconstitucionais, permitindo extrair a sua presença de forma implícita, guiando tanto o magistrado na interpretação, quanto ao legislador na elaboração das normas.

Para Suzana Barros (1996), “O princípio em estudo apresenta-se como uma das ideias fundantes da constituição”. O princípio da razoabilidade/proporcionalidade é de grande importância para o alcance de um dos principais objetivos do Estado Democrático de Direito que é a redução nas desigualdades sociais e regionais, é possível afirmar, portanto, que a razoabilidade/proporcionalidade é ideia congênita da concepção de Democracia. Como bem pode se verificar o citado princípio está firmado em inúmeras normas constitucionais e em todos os ramos do direito, por tal razão é que dizemos que o princípio da razoabilidade/proporcionalidade norteia a hermenêutica da Constituição como um todo, bem como penetra a interpretação de todas as suas normas.

Como todos os princípios constitucionais, o da razoabilidade/ proporcionalidade deve necessariamente ser observado, pois a não observância ou lesão aos princípios é a mais grave das inconstitucionalidades, ademais tem-se que, não é

possível a existência de uma ordem constitucional sem que haja princípio e, com a inexistência dos dois (ordem constitucional e princípios), conseqüentemente não haverá Estado Democrático de Direito.

Por fim, faz-se mister abordar aqui fato de que o princípio da razoabilidade/proporcionalidade é interpretado de diversas formas, não se restringindo apenas na aplicação da lei utilizando-se do bom senso e equidade, e nem tampouco, restringido a atuação dos agentes públicos mas também intervindo na vida do cidadão utilizando-se de medidas que visa trazer vantagens proporcionais à coibição levado a cabo ou ao sofrimento causado, assim é que o maior propósito do princípio da razoabilidade/proporcionalidade é fazer justiça, alcançar conciliação de forma justa nas relações entre os indivíduos.

4. INSTRUMENTOS DE CONTROLE CONSTITUCIONAL

Primeiramente é necessário esclarecer o que é o Controle de Constitucionalidade na ordem jurídica, assim podemos iniciar afirmando que é a apuração da conformidade de uma lei ou ato normativo com as normas constitucionais, analisando tanto os requisitos formais quanto os materiais. É de grande importância destacar que apenas as normas positivadas podem passar pela análise de constitucionalidade.

A existência do controle de constitucionalidade depende de uma constituição rígida, isto é, de uma constituição que tem no seu corpo a complexidade e a burocracia para a reforma do seu texto.

(...) em todo o Estado onde faltar controle de constitucionalidade, a Constituição é flexível; por mais que se queira rígida, o Poder Constituinte perdura ilimitado em mãos do legislador (...).
Isso não quer dizer que é preciso prever expressamente na Constituição esse controle, para que ela seja de fato rígida, basta que de seu sistema tal deflúa (Ferreira Filho, Manoel Gonçalves, 2013, p. 64).

Nas lições de Moraes (2008), o controle de constitucionalidade decorre do princípio da supremacia da Constituição, devido à hierarquia existente no ordenamento jurídico.

O instituto do controle de constitucionalidade de logo, nos leva à supremacia da Constituição, tendo em vista que esta é a Carta Magna em que tanto a ordem jurídica quanto o critério de validade de qualquer norma deve estar de acordo.

O Estado por meio de seus poderes tem o dever de prevenir ou até mesmo reprimir a entrada de norma jurídica eivada de vícios, tendo em vista que assim ocorrendo haverá a nulidade por meio do instrumento adequado para tanto tal qual seja, o controle de constitucionalidade.

Com isso, podemos garantir que todas as normas infraconstitucionais estarão subordinadas à constituição, não podendo, portanto, contrariar os fundamentos estabelecidos pelo Poder Constituinte.

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

Assim é que podemos dizer que o controle de constitucionalidade tem também como objetivo assegurar os direitos e garantias fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil.

Nas lições de Alexandre de Moraes (2008 p. 700), temos que:

(...) além de configurarem limites ao poder do Estado, são também uma parte da legitimação do próprio Estado, determinando seus deveres e tornando possível o processo democrático em um Estado de Direito.

Ferreira Filho tem uma forma mais abrangente de conceituar o tema, a saber:

Controle de constitucionalidade é, pois, a *verificação da adequação de um ato jurídico* (particularmente da lei) à Constituição. Envolve a verificação tanto dos *requisitos formais* – subjetivos, como a competência do órgão que o editou – objetivos, como a forma, os prazos, o rito, observados em sua edição – quanto dos *requisitos substanciais* - respeito aos direitos e às garantias consagrados na Constituição – de constitucionalidade do ato jurídico.⁵

⁵ Original sem grifos

A constituição, portanto, é a referência para a execução do controle de constitucionalidade e a validade dos atos jurídicos, assim temos que, as normas que estiverem em conflito com a Carta Magna necessariamente deverão ser invalidados. A Constituição é norma fundamental, portanto, é ela quem dita o modo de produção das leis, bem como limita o seu conteúdo, pois não pode existir normas que contrariem ou que vão de encontro com os preceitos ditados pela mesma, isto significa que todas as normas jurídicas necessariamente devem está de acordo com os ditames constitucionais, tendo em vista que esta é a lei maior.

O controle de constitucionalidade, preservando a supremacia, formal e material, da Constituição, elimina do sistema as normas com ela incompatíveis, mantendo a unidade (formal) de sua estrutura escalonada (DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. Op. Cit., p. 26).

No Brasil o Controle de constitucionalidade foi consolidado pela constituição de 1891, sob a influência do direito norte americano.

A constituição de 1988, entretanto, veio com inúmeras novidades no que diz respeito ao controle de constitucionalidade, mantendo o sistema misto (controle difuso e concentrado) e estendendo o seu alcance.

Verifica-se que o controle das leis é um tanto obrigatório por sua natureza, entretanto, para isso, há necessidade de no Estado em que reina uma constituição rígida haver uma unificação de interpretação da norma constitucional possibilitando a aplicação do direito de forma unificada.

O controle de constitucionalidade, por sua vez tem como objetivo analisar as normas que estão sendo colocadas em uso ou que já estão sendo usadas, sim, porque existem inúmeras normas que foram editadas, entretanto, que estão em desconformidade com os preceitos constitucionais contemplados na Carta Magna e que por esta razão necessariamente haverá de se passar pelo controle de constitucionalidade, obedecendo aos critérios de cada caso, isto é, o tipo de norma editada, quem as editou, de quem seria a legitimidade para tal, e conseqüentemente proceder com o controle utilizando o meio mais apropriado para isso.

Para melhor esclarecer o procedimento que se dá quando uma determinada norma é posta sob o controle de constitucionalidade, é de grande importância saber os momentos pelos quais a mesma passa, vejamos: *existência, validade e eficácia*.

Assim, para a existência da norma, necessário se faz averiguar os elementos constitutivos que estão pré-estabelecidos em lei como causa eficiente de sua incidência, a falta deste elemento impossibilita que a norma entre no mundo jurídico, isto significa que estaremos diante de um ato jurídico inexistente.

Quanto ao plano de validade é essencial a verificação dos elementos do ato jurídico com o fito de saber se os mesmos preenchem os requisitos previstos em lei. Caso os requisitos estiverem preenchidos, especificamente agente, forma e objeto o ato será existente, entretanto, para a validade deste ato é necessário ter a presença da forma adequada, competência e licitude só assim podemos dizer que o ato existe e tem validade.

É importante chamar atenção para fato de que a ausência de qualquer requisito acima mencionado acarreta a invalidade do ato que, a depender da gravidade da violação pode decretar a sua nulidade ou anulabilidade. Portanto, quando uma norma for considerada inconstitucional estaremos diante de uma norma inválida, tendo em vista, que a mesma ingressou no mundo jurídico.

Por fim, temos ainda o plano da eficácia que consiste em analisar a aptidão da norma para a produção dos efeitos jurídicos. Assim é que, quando reconhecida a invalidade do ato jurídico, a norma inconstitucional de logo, deverá ser retirada do ordenamento jurídico sem qualquer possibilidade de aplicação, pois assim não ocorrendo, isto é, se uma norma inválida for aplicada e produzir efeitos regulares e válidos, estaremos diante de uma afronta à ordem constitucional.

Entretanto, temos que, a inconstitucionalidade é uma forma de nulidade, tendo em vista originar-se de um vício do qual não se vislumbra possibilidade de convalidação do ato.

Importante ressaltar ainda, que no Brasil os efeitos da decisão quando da aplicação de uma norma inválida são retroativos, ou seja, retornam ao estado *quo ante*.

Para melhor se entender o instituto do controle de constitucionalidade é de suma importância esclarecer ainda que existem duas formas de inconstitucionalidade, isto é, a formal e a material. A inconstitucionalidade formal se divide em duas subespécies, tais quais, orgânica e propriamente dita.

Diz-se inconstitucionalidade formal quando a produção de um ato se dá sem que seja observado as normas de competência ou o procedimento previamente estabelecido; a inconstitucionalidade orgânica ocorre quando o vício de forma decorre da inobservância de regra de competência para a edição do ato, enquanto que a propriamente dita ocorre quando o vício decorre da inobservância do processo legislativo próprio.

Já a inconstitucionalidade material se dá quando o conteúdo da norma infraconstitucional estiver em dissonância com alguma norma substantiva, independente de regra ou princípios, desde que previstos na Constituição.

Por fim temos que, a inconstitucionalidade de uma norma pode ocorrer tanto por ação quanto por omissão.

Estaremos diante de uma norma inconstitucional por ação quando a norma for editada sem a devida observância dos preceitos e princípios estabelecidos na Constituição, havendo neste caso a possibilidade de surgir divergências quando da aplicação de tal norma. Temos inconstitucionalidade por omissão quando da edição da norma não for observada todas as formalidades necessárias para a sua criação ou aplicabilidade, existe neste caso a omissão total que ocorre quando o legislador abstém-se inteiramente de atuar e a omissão parcial que se dá quando a lei exclui do seu âmbito de incidência determinada categoria que nele deveria está inserido, o que afeta o princípio da isonomia (relativa); e parcial propriamente dita que é quando o legislador atua de forma insuficiente ou irregular no que diz respeito a sua obrigação.

Quanto ao momento da realização do controle de constitucionalidade de uma norma, temos os de controle preventivo e controle sucessivo ou repressivo.

a) *controle preventivo (ou a priori)*, que ocorre antes da própria existência ou perfeição do ato, isto é, durante o seu processo de elaboração e b) *controle sucessivo ou repressivo (ou a posteriori)*, que ocorre somente após a conclusão do processo de elaboração do ato, independentemente de encontrar-se o mesmo em vigor (Cunha Júnior, Dirley da, Curso de Direito Constitucional, p. 270, 2017).⁶

Existe ainda a classificação quanto ao órgão judicial que exerce o controle de constitucionalidade, podendo este ser difuso quando exercido por todo e qualquer juiz ou tribunal; e o concentrado que somente pode ser exercido por um único órgão. Muito mais a respeito do controle de constitucionalidade se verá adiante, acima tivemos apenas uma breve síntese do instrumento de controle de constitucionalidade presente nos Estados em que tem uma constituição escrita e rígida, como mencionado anteriormente.

4.1 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE GENÉRICA

A ação direta de inconstitucionalidade pode ser proposta contra lei ou ato normativo estadual ou federal que, em tese, contrarie dispositivos constitucionais, essa ação é proposta para análise do STF- Supremo Tribunal Federal, tendo em vista que, em se tratando de controle concentrado é o único órgão competente para a sua apreciação.

Existem vários conceitos para a ação direta de inconstitucionalidade, entretanto, todos ou pelo menos a maioria deles diz-se com a mesma essência, vejamos:

(...) o controle de constitucionalidade pode ser conceituado como a análise de conformação da norma infraconstitucional (objeto) à norma constitucional (parâmetro), em razão da relação **imediate** de conformidade vertical entre aquela e esta, com o fim de impor sanção de **invalidade** à norma que seja incompatível com o **bloco de constitucionalidade** (Padilha, Rodrigo. Direito Constitucional. 4ª ed. 2014, p. 108)

No mesmo sentido, Dirley da Cunha Júnior, conceitua ação direta de constitucionalidade como:

⁶Texto original, sem grifos

O controle de constitucionalidade, enquanto garantia de tutela da supremacia da Constituição, é uma atividade de fiscalização da validade e conformidade das leis e atos do poder público à vista de uma Constituição rígida, desenvolvida por um ou vários órgãos constitucionalmente designados (Cunha Júnior, Dirley da, Curso de Direito Constitucional, p. 236, 2017).

Pois bem, a ação direta de inconstitucionalidade está prevista no texto constitucional de 1988, entretanto, foi a Carta Magna de 1965 (EC nº 16), quem deu origem à mesma, determinando a representação de inconstitucionalidade.

O instituto aqui em estudo é um sistema que foi designado para adequação do ordenamento jurídico, isso significa que não basta editar uma lei ou ato normativo e introduzi-la no sistema jurídico para produzir os seus efeitos, é necessário que haja uma averiguação no que diz respeito a sua validade e conformidade com a constituição federal que é a lei Magna, Suprema, aquela que dá a base de sustentação para o Estado Democrático de Direito.

Pois bem, para melhor entendermos o instituto ora estudado, é necessário esclarecer como se realiza o procedimento de uma ação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo que se encontra em dissonância com a Constituição Federal de 1988.

Primeiramente, chamamos atenção para o fato de que a própria Constituição Federal estabeleceu em seu artigo 103 quem são os legitimados para a propositura da ação de inconstitucionalidade, sendo assim, vejamos:

- Art. 103.** Podem propor ação direta de inconstitucionalidade (...)
- I- o Presidente da República;
 - II- a Mesa do Senado federal
 - III- a Mesa da Câmara dos Deputados;
 - IV- a Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
 - V- o Conselho Federal da ordem dos Advogados do Brasil;
 - VI- partido político com representação no Congresso nacional
 - VII- Confederação sindical e entidade de classe no âmbito nacional

A ação direta de inconstitucionalidade é proposta através de petição inicial em que deverá constar o dispositivo de lei ou ato normativo que deseja ver impugnado, o fundamento jurídico, bem como os pedidos e as suas especificações.

Na ação direta de inconstitucionalidade não existe pretensões particular e nem tampouco, tutela de direitos subjetivos, assim é que se diz que a referida ação possui natureza objetiva e somente quando se fala em aspecto formal é possível relatar a existência de partes.

A ação direta de inconstitucionalidade encontra-se prevista no artigo 102, I, a da Constituição da República Federativa do Brasil, tanto o processo quanto o julgamento do instituto aqui contemplado estão regidos pela Lei nº 9.868 de 10 de novembro de 1999. Como já vimos anteriormente o principal objetivo da referida ação é a declaração da inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo que esteja em desacordo com a Constituição Federal.

A ação de inconstitucionalidade genérica pode ocorrer formal ou materialmente. Diz-se que uma ação de inconstitucionalidade é formal quando o ato legislativo for criado em desconformidade com as normas de competência (inconstitucionalidade orgânica) ou com o procedimento determinado para o seu ingresso no mundo jurídico (inconstitucionalidade formal propriamente dita). No que diz respeito à inconstitucionalidade material esta ocorre quando o conteúdo do ato infraconstitucional estiver em dissonância com normas substantivas previstas na Constituição Federal, diga-se, tanto uma regra quanto um princípio.

É de grande importância ressaltar que os atos impugnados através de ação direta de inconstitucionalidade são lei ou ato normativo federal ou estadual primários, ou seja, que retiram fundamento diretamente da Constituição.

São suscetíveis da ação direta de inconstitucionalidade pelo STF- Supremo Tribunal Federal: as emendas constitucionais, as leis complementares, as leis ordinárias, as leis delegadas, as medidas provisórias, os decretos legislativos, as resoluções; os regulamentos autônomos, a legislação estadual, dentre elas a constituição do Estado, a legislação ordinária e os regulamentos autônomos produzidos no âmbito de cada uma dessas entidades federativas; a legislação distrital, editada no exercício da competência legislativa estadual; e por fim os tratados internacionais tanto com status de lei ordinária quanto supra legal, no caso de tratados internacionais sobre direitos humanos.

É importante destacar ainda que, a ação direta de inconstitucionalidade pode ter uma decisão parcialmente procedente, isso significa que quando do julgamento da ação que está impugnando a norma esta pode ter como inconstitucional, ilegítima ou invalidada apenas uma palavra, do mesmo jeito em que é possível a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo sem qualquer redução de texto, podendo haver pelo Tribunal apenas uma indicação para que se proceda com uma melhor interpretação, não necessariamente recaindo em inconstitucionalidade, este último ponto merece um destaque maior, tendo em vista que é possível perceber que a interpretação é algo muito peculiar tanto na elaboração, quanto na aplicação e até mesmo na discussão de uma norma.

É de grande relevância destacar ainda que, os efeitos da decisão da ação direta de inconstitucionalidade serão pelo menos em regra *erga omnes, ex tunc*, vinculantes e repristinatórios, deixando a lei de logo, de ser parte do ordenamento jurídico.

(...) constatada a inequívoca lesão a preceito constitucional, a norma violadora é declarada inconstitucional e tem retirada, em regra retroativamente, a sua eficácia, deixando de irradiar efeitos, quer para o caso concreto (no controle concreto), quer para todos ou “*erga omnes*” (no controle abstrato) (Cunha Júnior, Dirley da, Curso de Direito Constitucional, p. 237, 2017).

Entretanto, o artigo 27 da Lei 9.868/1999 permitiu a chamada modulação dos efeitos. Isso significa que o Supremo Tribunal Federal pode restringir os efeitos de sua decisão ou “decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

São requisitos da modulação dos efeitos: decisão de dois terços do Tribunal e razões de segurança jurídica ou interesse social. Ou seja, presentes esses dois requisitos, o Tribunal poderá atribuir o efeito *ex nunc* ou eficácia a partir de qualquer tempo que melhor entender (Moraes, Alexandre de. Direito constitucional, 24 ed. - São Paulo: Atlas 2009).

No que diz respeito à defesa que deverá ser apresentada contra a ação direta de inconstitucionalidade proposta perante o Supremo Tribunal Federal esta fica a critério do Advogado Geral da União, conforme previsto na Constituição Federal artigo 103, §3º, uma vez que este é na verdade uma espécie de curador especial

que deve necessariamente presumir constitucional a lei ou ato normativo ali impugnado.

Todavia, essa obrigatoriedade vem ficando um tanto de lado se assim podemos dizer, desde o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1616⁷, em que ficou entendido que quando houver precedente do Supremo Tribunal Federal pela inconstitucionalidade da lei no controle difuso, o Advogado Geral da União não teria que defender o ato ora impugnado.

Ainda sobre o instituto da ação direta de inconstitucionalidade destacamos que não existe no ordenamento jurídico brasileiro dispositivo que prevê a legitimidade popular para a referida ação, assim é que, com o fito de ver as decisões inseridas no contexto jurídico concomitante com a realidade em que se encontra o país foi incluído no artigo 7º, §2º da lei 9.868/99 o *amicus curiae*.

Amicus curiae é um termo de origem latina que significa “amigo da corte”, trata-se de uma pessoa, entidade ou órgão que tem grande interesse em determinada questão jurídica que é levada em discussão frente ao judiciário. O *amicus curiae* é na verdade um terceiro que entra no processo com um interesse maior do que às partes envolvidas anteriormente.

Após o ingresso do *amicus curiae* no processo o mesmo apresenta as suas razões, tendo em vista possuir interesse jurídico, econômico ou político no desfecho da ação. A figura do *amicus curiae* é reconhecida como razão de legitimar as decisões do Supremo Tribunal Federal, quando da sua atuação como tribunal constitucional. É necessário esclarecer que o *amicus curiae* não é parte do processo, trata-se tão

⁷ Da ementa dessa ADI extrai-se o seguinte trecho: "O *munus* a que se refere o imperativo constitucional (CF, artigo 103, § 3º) deve ser entendido com temperamentos. O Advogado- Geral da União não está obrigado a defender tese jurídica se sobre ela esta Corte já fixou entendimento pela sua inconstitucionalidade. Ação julgada procedente para declarar inconstitucional a Resolução Administrativa do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região, tomada na Sessão Administrativa de 30 de abril de 1997". (Disponível para consulta em [http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(1616.NUME.%20OU%201616.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(1616.NUME.%20OU%201616.ACMS.)&base=baseAcordaos))

somente de um colaborador, assim tem-se que o mesmo não possui qualquer interesse recursal.

Para que haja o seu ingresso em determinada ação necessário se faz realizar um pedido de participação o qual é encaminhado ao relator do processo. Em regra não é possível recorrer do indeferimento do pedido para ingresso do *amicus curiae*, entretanto, o próprio Supremo Tribunal Federal tem admitido agravo interno contra decisão de denega o ingresso do *amicus curiae* na ação.

Ainda no que diz respeito ao “amigo da corte” na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4071⁸, o Supremo tribunal Federal, por sua maioria

⁸ Ementa: "A possibilidade de intervenção do *amicus curiae* está limitada à data da remessa dos autos à mesa para julgamento. Ao firmar essa orientação, o Tribunal, por maioria, desproveu agravo regimental interposto contra decisão que negara seguimento a ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Partido da Social Democracia Brasileira - PSDB contra o art. 56 da Lei 9.430/96, o qual determina que as sociedades civis de prestação de serviços de profissão legalmente regulamentada passem a contribuir para a seguridade social com base na receita bruta da prestação de serviços, observadas as normas da Lei Complementar 70/91. Preliminarmente, o Tribunal, também por maioria, rejeitou o pedido de intervenção dos *amici curiae*, porque apresentado após a liberação do processo para a pauta de julgamento. Considerou-se que o relator, ao encaminhar o processo para a pauta, já teria firmado sua convicção, razão pela qual os fundamentos trazidos pelos *amici curiae* pouco seriam aproveitados, e dificilmente mudariam sua conclusão. Além disso, entendeu-se que permitir a intervenção de terceiros, que já é excepcional, às vésperas do julgamento poderia causar problemas relativamente à quantidade de intervenções, bem como à capacidade de absorver argumentos apresentados e desconhecidos pelo relator. Por fim, ressaltou-se que a regra processual teria de ter uma limitação, sob pena de se transformar o *amicus curiae* em regente do processo. Vencidos, na preliminar, os Ministros Cármen Lúcia, Carlos Britto, Celso de Mello e Gilmar Mendes, Presidente, que admitiam a intervenção, no estado em que se encontra o processo, inclusive para o efeito de sustentação oral. Ao registrar que, a partir do julgamento da ADI 2777 QO/SP (j. em 27.11.2003), o Tribunal passou a admitir a sustentação oral do *amicus curiae* — editando norma regimental para regulamentar a matéria —, salientavam que essa intervenção, sob uma perspectiva pluralística, conferiria legitimidade às decisões do STF no exercício da jurisdição constitucional. Observavam, entretanto, que seria necessário racionalizar o procedimento, haja vista que o concurso de muitos *amici curiae* implicaria a fragmentação do tempo disponível, com a brevidade das sustentações orais. Ressaltavam, ainda, que, tendo em vista o caráter aberto da causa petendi, a intervenção do *amicus curiae*, muitas vezes, mesmo já incluído o feito em pauta, poderia invocar novos fundamentos, mas isso não impediria que o relator, julgando necessário, retirasse o feito da pauta para apreciá-los. No mais, manteve-se a decisão agravada no sentido do indeferimento da petição inicial, com base no disposto no art. 4º da Lei 9.868/99, ante a manifesta improcedência da demanda, haja vista que a norma impugnada tivera sua constitucionalidade expressamente declarada pelo Plenário da Corte no julgamento do RE 377457/PR (DJE de 19.12.2008) e do RE 381964/MG (DJE de 26.9.2008). Vencidos, no mérito, os Ministros Marco Aurélio, Carlos Britto e Eros Grau, que proviam o recurso, ao fundamento de que precedentes versados a partir de julgamentos de recursos extraordinários não obstaculizariam uma ação cuja causa de pedir é aberta, em que o pronunciamento do Tribunal poderia levar em conta outros artigos da Constituição Federal, os quais não examinados nos processos subjetivos em que prolatadas as decisões a consubstanciam os precedentes. ADI 4071 AgR/DF, rel. Min. Menezes Direito, 22.4.2009". (Disponível para consulta em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>)

reconheceu que a intervenção do *amicus curiae* está limitada à data da remessa dos autos à mesa para julgamento, como sabemos sua participação não constitui um direito subjetivo, o que fica, portanto, a critério do relator.

À guisa de conclusão, podemos afirmar que a ação direta de inconstitucionalidade foi um instituto muito bem elaborado na sua forma, com os seus critérios, tendo em vista que a sua existência dá mais possibilidade de se ter segurança jurídica quanto a aplicação das normas em todo o seu contexto, ou ao menos, acreditamos que um dos seus objetivos também é esse, infelizmente estamos vivendo um momento de crise política e judiciária e nem sempre os instituto por melhor que possa ser consegue cumprir com o que de fato se pretendia quando da sua criação.

4.2 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão é uma das possibilidades existentes no controle abstrato de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal. O controle de inconstitucionalidade por omissão ocorre quando há inércia do legislativo frente à obrigação constitucional de legislar.

O instituto aqui tratado é uma inovação na Constituição Federal de 1988 e teve como inspiração a constituição portuguesa, precisamente o seu artigo 283. O principal objetivo da ação de inconstitucionalidade por omissão é combater a falta de edição de leis ou atos normativos, quando há previsão para tanto na Constituição da República Federativa do Brasil, pois a falta de elaboração de tais leis ou atos normativos conseqüentemente inviabiliza o exercício de direitos.

É de grande relevância destacar que no âmbito do controle difuso, a omissão aqui tratada também pode ser rechaçada, mas pela via da exceção ou defesa, assim é que a constituição traz no seu bojo outro instrumento processual, qual seja o mandado de injunção.

É importante destacar que só é possível utilizar-se da ação de inconstitucionalidade por omissão quando estivermos frente a uma norma constitucional de eficácia limitada.

Há de ser observado que a inconstitucionalidade por omissão só se configura quando estivermos diante de norma constitucional de eficácia limitada, constituindo normas da Constituição que possuem aplicabilidade indireta e mediata na produção de efeito-fim. Desta forma, a inércia do poder público causa lesão, posto que, para o exercício de direito constitucional, é necessária atuação legiferante (Padilha, Rodrigo. Direito Constitucional. 4ª ed. 2014, p. 118).

O artigo 103, §2º da Constituição da República estabelece que quando declarada a inconstitucionalidade por omissão será dada ciência ao poder competente para adotar as medidas cabíveis e em se tratando de órgão administrativo o prazo estipulado para providência é de trinta dias.

Existem dois tipos de omissão constitucional, tais quais: omissão total ou absoluta e omissão parcial. A omissão constitucional total ou absoluta é aquela em que não foi editada a lei necessária à regulamentação de dispositivo constitucional para viabilizar a prática do direito ali garantido, quanto à omissão parcial podemos conceituar como aquela em que, embora, tenha havido a elaboração da lei infraconstitucional integrativa a mesma não é de um todo suficiente.

Para os casos de omissão parcial esta pode ser dividida entre parcial propriamente dita e parcial relativa, enquanto naquela a lei existe, entretanto, regula de forma incompleta o direito, nessa a lei integrativa existe, no entanto, só garante o benefício do direito a uma determinada categoria, podemos dizer com isso, que esse tipo de omissão fere drasticamente o princípio da isonomia.

O objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão é tomar providências acerca de medidas genéricas tanto legislativas quanto administrativas, imputáveis a órgãos federais e estaduais, pois em se tratando de esfera municipal o instrumento utilizado é outro que será estudado mais adiante.

Pois bem, partindo para o julgamento da ação de inconstitucionalidade por omissão temos que, quando a mesma é julgada improcedente caracteriza que não foi verificada nenhuma omissão no dispositivo analisado ou não foi considerada como uma norma inconstitucional.

No entanto, quando a decisão for procedente inicia-se discussões, pois em um Estado Democrático de Direito o atraso na edição da lei necessariamente deve ser sanada pelos órgãos a quem a constituição delegou essa função, tendo em vista que embora a omissão seja declarada pelo judiciário e edição da norma deve se dá pelo órgão competente para tal e não pelo comando sentencial que julgou a ação de inconstitucionalidade por omissão.

O dever dos Poderes Constitucionais ou dos órgãos administrativos de proceder à imediata eliminação do estado de inconstitucionalidade parece ser uma das consequências menos controvertidas da decisão que por ventura, venha a declarar a inconstitucionalidade de uma omissão que afete a efetividade de norma constitucional (Mendes, Gilmar Ferreira. Ed. 7^a, 2012, p. 1.350).

Ocorre que, mesmo com a edição da lei para sanar a omissão frente à norma constitucional nem sempre é possível se obter os efeitos desejados, tendo em vista que sequer, se elimina do sistema jurídico as inconstitucionalidades, isso se dá em virtude de não haver prazos estabelecidos em lei para que se realize a normatização necessária, o único prazo existente é aquele já mencionado anteriormente (30 dias quando se tratar de órgãos administrativos), entretanto, não há qualquer sanção que possa ser aplicada a nenhum dos órgãos pela não elaboração da norma quando tem sua edição estabelecida no comando sentencial da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, por tais razões é que tem se pensado em outros meios de recuperar a não aplicabilidade das normas em decorrência das lacunas existentes, em sede de exemplo temos as decisões aditivas, em que o judiciário se sub-roga executando a atividade do ente omisso e preenchendo a omissão constitucional. Esse é um entendimento ainda muito frágil frente ao sistema de tripartição de poderes que temos na República Federativa do Brasil.

Ocorre que, diante dessa situação e analisando o momento em que se encontra o cenário constitucional brasileiro acabam que vão surgindo outras possibilidades entre elas está a da interpretação literal do artigo 103, §2º da Constituição Federal de 1988, o que significa que o Supremo Tribunal Federal fica necessariamente limitado ao reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão, quando for o caso e à ciência do órgão competente.

A outra possibilidade vai muito mais além e afirma que quando da decisão de inconstitucionalidade por omissão, o Supremo Tribunal Federal poderá estabelecer um prazo razoável para que a sua decisão seja cumprida, isto é para que a omissão seja sanada com a elaboração da lei, como sabemos, ainda que esta seja a vertente mais eficiente do que a primeira, resta totalmente prejudicada pelo fato de que não há na norma qualquer sanção que possa ser aplicada pelo judiciário ao legislativo.

Há ainda o entendimento de que diante do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais é possível que o Tribunal aja para, no caso concreto suprir a lacuna legislativa e suprir a necessidade de editar a norma que outrora fora pleiteada e deferida, entretanto, foi prejudicada por falta de regulamentação.

Afinal, é possível que o poder judiciário tome para si duas posições diferentes, uma como o simples aplicador do direito a outra a efetivação dos princípios e diretrizes que estão previstos na Constituição da República federativa do Brasil, decidindo os casos concretos com base nos princípios que a sociedade tem como moralmente corretos.

Pois bem, estamos diante de uma problemática um tanto difícil de encontrar a sua resolução já que o próprio sistema de tripartição de poderes não permite que um órgão execute atividades do outro, senão, apenas aquelas que estão estabelecidas em lei.

Ainda no que diz respeito ao instituto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão é importante destacar que são legitimados para a propositura da referida ação os mesmos elencados no artigo 103 da Constituição da República Federativa do Brasil, devendo para tanto ser observada a pertinência temática para os não universais. A competência para processar e julgar a ação aqui estudada é do Supremo Tribunal Federal originariamente.

Tendo em vista que a ação de inconstitucionalidade por omissão não tem como objetivo proteger situações um tanto individuais, mas tão somente a ordem jurídica é que seus legitimados agem como os verdadeiros advogados em defesa do interesse público e da Constituição.

O procedimento que se utiliza para o julgamento da ação de inconstitucionalidade por omissão é basicamente o mesmo utilizado na ação direta de inconstitucionalidade genérica, com exceção de algumas peculiaridades, tais quais: a petição inicial deve ser apresentada em duas vias, devidamente acompanhada de instrumento procuratório, quando for o caso, cópias de documentos que comprovam a omissão constitucional alegada e do descumprimento do dever constitucional de legislar ou de adotar providências administrativas e, por fim, necessariamente deve está instruída com o pedido e suas especificações.

Cumprir chamar atenção para o fato de que a ação de inconstitucionalidade por omissão não admite desistência.

Por fim, não podíamos passar por essa seara e não falar da inovação trazida pela Lei 12.063/2009 quando passou a admitir a cautelar na ação de inconstitucionalidade por omissão.

Segundo o art. 12-F da Lei 9.868/99, em caso de **excepcional urgência e relevância da matéria**, o STF, por decisão da **maioria absoluta** de seus **membros**, observado o disposto no art. 22 (*quorum* de instalação da sessão de julgamento com no mínimo 8 Ministros), poderá **conceder medida cautelar**, após a audiência dos órgãos ou autoridades responsáveis pela omissão inconstitucional, que deverão pronunciar-se no prazo de 5 dias (Lenza, Pedro, 2017, p. 413)⁹.

Ainda nas lições de LENZA:

A medida cautelar poderá consistir na **suspensão da aplicação da lei** ou do **ato normativo questionado**, no caso de **omissão parcial**, bem como na **suspensão de processos judiciais** ou de **procedimentos administrativos**, ou ainda em **outra providência a ser fixada pelo Tribunal** (Lenza, Pedro, 2017, p. 413)¹⁰.

Quando concedida a cautelar, a decisão será publicada em seção especial do Diário Oficial da União e no Diário de Justiça da união, no prazo de 10 dias. Com solicitação de informações dos órgãos ou autoridade responsável pela omissão.

4.3 ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

⁹ Texto original, sem grifos.

¹⁰ Texto original, sem grifos.

A arguição de descumprimento de preceito fundamental, também faz parte do controle concentrado de constitucionalidade, a sua regulamentação está prevista tanto na Constituição Federal de 1988 quanto na Lei 9.882/99.

Trata-se de uma ação por meio da qual a decisão sobre a inconstitucionalidade ou não de atos federais, estaduais e municipais impugnados perante juízes e tribunais pode ser avocada pelo Supremo Tribunal Federal. Quer dizer, será susgado o andamento da ação em que essa inconstitucionalidade está em discussão – e outras que tratem da mesma questão –, até que essa Corte decida a questão. E a orientação pró ou contra a constitucionalidade, prevalecerá para todas as demandas que a envolverem (Ferreira Filho, Manoel Gonçalves, 2013, p. 71).

A ADPF não se trata propriamente de uma ação, mas de um incidente processual que, como vimos poderá ser arguido perante qualquer juízo, instância ou Tribunal. O principal objetivo da ADPF é evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, que resulta de ato do poder público.

No que tange a sua ligação com os demais institutos pertencentes ao controle de constitucionalidade, a ADPF é mais restrita com a ação direta de inconstitucionalidade genérica e por omissão, uma vez que estas também permitem discussão acerca de preceitos constitucionais que não são classificados como fundamentais.

Os legitimados para a propositura da ADPF são os mesmos elencados no artigo 103 da Constituição da República Federativa do Brasil.

Importante destacar que a lei dispõe de três ocasiões em que é possível a propositura do instituto aqui analisado, tais quais: evitar lesão a preceito fundamental por decorrência de ato do Poder Público, reparar lesão causada por ato do Poder Público e por fim quando for relevante a controvérsia entre lei/ato normativo e o texto constitucional. A petição inicial necessariamente deve conter todos os requisitos previstos no artigo 319 do Código de Processo Civil, a indicação do preceito fundamental que está sendo violado e sua respectiva prova, a indicação do ato do poder público causador do dano, o pedido e, caso necessário a comprovação da controvérsia judicial acerca da aplicação do preceito fundamental em tela.

Assim como a ação direta de inconstitucionalidade genérica e por omissão a ADPF também admite a figura do *amicus curiae*, desde que seja demonstrada a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes.

O julgamento da ADPF se dá por maioria absoluta dos Ministros, isto é, dois terços, após o julgamento da ADPF, caso seja provida a mesma, as autoridades responsáveis pelo ato questionado serão comunicados, determinando-se a forma de interpretação e aplicação do preceito fundamental.

A decisão terá efeito erga omnes e vinculante, podendo haver, assim como na ação direta de inconstitucionalidade genérica a modulação dos efeitos da decisão.

É importante ressaltar que em havendo um meio que se considere mais eficaz para sanar a lesividade a ADPF não será admitida, tendo em vista que esta ação tem caráter residual, logo, necessário se faz obedecer ao princípio da subsidiariedade, isto significa que a ação de arguição de preceito fundamental é condicionada a inexistência de outro meio mais eficaz para sanar a lesividade, com isso constitui-se um pressuposto negativo e causa obstativa para o seu ajuizamento.

Contudo, temos que observar que a ADPF é uma ação residual (ou subsidiária), não cabendo esta ação quando houver outro meio eficaz de sanar a lesividade (art. 4º, § 1º, da Lei 9.882/1999). Nesse passo, se houver outro meio que resolva o imbróglio de forma ampla, geral e imediata, não caberá ADPF.

Nestes termos, não caberá ADPF, por exemplo, contra sentença, porque cabe recurso, contra decreto expropriatório, pois será cabível mandado de segurança e contra contrato administrativo, eis que é possível ação civil pública e/ou ação popular (Padilha, Rodrigo. Direito Constitucional. 4ª ed. 2014, p. 191).

Entretanto, o princípio da subsidiariedade aplicado na ADPF deve ser entendido em relação ao âmbito constitucional das ações objetivas tais quais ADI, ADC, e ADO, assim, temos que processos ordinários e os recursos extraordinários não excluem, a priori, a utilização da ADPF.

Por fim temos que na ADPF é possível medida liminar, conforme estabelece o artigo 5º da Lei nº 9.882/99 desde que pelo voto da maioria absoluta dos Ministros, em casos de urgência, perigo de lesão grave e recesso, este pedido também pode ser

deferido pelo relator, com a ratificação posterior do plenário. A liminar pode embasar-se na determinação de que os juízes e tribunais suspendam o andamento dos processos, bem como dos efeitos da decisão judicial ou qualquer outro critério que tenha relação com a matéria que é objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, salvo nas hipóteses que decorrem de coisa julgada.

5. ATIVISMO JUDICIAL

Podemos conceituar o ativismo judicial como sendo um fenômeno jurídico que tem na sua essência um Poder Judiciário com postura ativa na interferência de modo regular e significativa no que diz respeito às opções políticas dos demais poderes.

Como sabemos o Poder judiciário tem como principal característica a inércia que vem acompanhada com os seus agentes devidamente legitimados e competentes. O maior objetivo de se ter um Poder Judiciário inerte é garantir a imparcialidade do juiz quando do momento de conhecer o caso concreto e fazer aplicar a lei. Essa ideia de inércia e imparcialidade acompanha o mundo jurídico desde Montesquieu quando aprimorou a ideia da tripartição dos Poderes, conforme já estudado anteriormente.

Com um modelo de constituição em que há inúmeros princípios e valores inseridos em seu texto é possível que o intérprete atue de uma forma mais abrangente no que se refere aplicação da norma, podendo ainda utilizar-se da ponderação de valores quando estiver frente a um conflito entre princípios a serem aplicados e um determinado caso concreto.

As cortes constitucionais foram criadas com o fito de ser guardiã da Constituição e de seus direitos fundamentais e permanecem até hoje, temos no Brasil como representante o Supremo Tribunal Federal, assim, os conflitos existentes entre o Judiciário e o Legislativo são previsíveis e normais no sistema de freios e contrapesos que temos consagrado no controle judicial da constitucionalidade dos atos do Poder Público.

É possível afirmar que a Constituição da República Federativa do Brasil trás no seu texto, ou em seu bloco inúmeras possibilidades de se realizar uma interpretação

mais abrangente fazer aplicar o direito da forma mais justa possível e isso, não significa que o juiz estará ultrapassando os limites da sua atividade.

É importante observar que não são todas as decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal que podemos caracterizá-las como decisões ativistas.

A competência do Supremo Tribunal Federal no que diz respeito a julgamento está prevista no artigo 102 da Constituição da República Federativa do Brasil, logo, todas as decisões que estiverem dentro desse rol são decisões próprias da sua competência. Destarte, somente há que se falar em ativismo judicial quando nos depararmos com decisões do STF que superam os limites pregados pela Constituição Federal.

É de grande valia destacar que conforme já esboçado em algum momento anteriormente a norma jurídica prevista na Constituição da República Federativa do Brasil é revestida de inúmeras possibilidades, logo não podemos falar em ativismo judicial quando de uma interpretação mais abrangente que não foge dos princípios presente em nossa Carta Magna, bem como quando estivermos diante de uma situação em que o Poder Judiciário utilizou-se dos mecanismos (ADI, ADPF e Mandado de Injunção), que a própria Constituição lhe dispõe para criar a norma e assegurar o direito.

Antes de adentrarmos mais afundo no ativismo judicial é importante saber a respeito do seu surgimento.

A chamada “judicialização da política” mostra-se como ponto crucial no entendimento do surgimento do ativismo judicial. O crescente desenvolvimento da sociedade, principalmente quanto à satisfação dos direitos fundamentais culminou no aumento considerável de demandas levadas ao judiciário (BARROSO, Luís Roberto. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013).

Pois bem, embora tenhamos feito uma ligação do ativismo judicial com a chamada “judicialização da política”, quando do surgimento daquele não podemos confundir as espécies citadas, pois enquanto o ativismo judicial é considerado uma escolha de um modo peculiar e proativo que o Poder Judiciário possui para interpretar a

constituição, muitas vezes esticando o sentido e o alcance da norma, tem que a “judicialização da política” significa dizer que as questões de grande repercussão política ou social estão sendo resolvidas pelo Poder Judiciário e não pelas instâncias políticas tradicionais.

Assim, é que podemos dizer que o ativismo judicial tem “um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e seu alcance” ou como uma postura que “procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem, contudo, invadir o campo da criação livre do Direito”.

Existem várias correntes a respeito do ativismo judicial, existem aqueles que são favoráveis à postura ativista de maneira livre por parte do Poder Judiciário; aqueles que entendem que em alguns casos é necessário essa postura mais proativa dos magistrados, mas que deve haver um controle; e por fim, existem aqueles que se alia à corrente que é contrária a prática do ativismo judicial. O objeto do presente trabalho é desenvolvido em torno da corrente que é favorável ao ativismo judicial desde que haja uma ponderação, um controle e que não fuja daquilo que prega a nossa Carta Suprema.

Como já destacado anteriormente, mas que se faz necessário aprofundar ainda mais, a Constituição da República Federativa do Brasil é uma Carta que trás na sua essência possibilidades de se realizar uma interpretação mais abrangente quando da aplicação das suas normas, assim é que havendo a possibilidade de se interpretar para garantir direitos aos cidadãos, não vislumbramos qualquer irregularidade nisso.

A esse respeito temos como exemplo os princípios que estão presentes na Carta Magna, a maioria desses princípios tem seu conceito indefinido, logo, abre margem ao aplicador da norma para se utilizar da criatividade e fazer a interpretação mais justa possível para cada caso.

Além disso, tem as ações de controle que, como já citado foi dado ao Poder Judiciário a competência para o seu processamento e julgamento e que também é

através delas que se abre possibilidade se produzir norma e garantir direitos às partes.

O que de fato não se pode é deixar um cidadão perecer de seu direito em virtude de uma aplicação de letra fria que temos em nosso ordenamento jurídico ou da falta dela.

Ademais, tem-se que embora a nossa Constituição seja um tanto jovem, existem inúmeras questões de cunho sociais que ainda não são tratadas diretamente em seu texto e que, não se pode deixar de aplicar a lei no caso concreto utilizando-se de uma interpretação abrangente e possível dentro do que é proposto em nosso ordenamento jurídico, conforme já citado anteriormente.

A ideia de ativismo judicial 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. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público (BARROSO, Luís Roberto. 2009).

Nos últimos anos temos visto de fato uma proatividade maior do Poder Judiciário e isso pode ser analisado através do cenário político em que o país vem se debruçando, tendo em vista que há uma descrença ainda maior da política nacional em que parte da população encara o Poder Judiciário com mais credibilidade, além disso, temos as questões de grade relevância para a sociedade que não são tratadas no texto constitucional, como a questão do reconhecimento da união estável homoafetivas, a descriminalização do aborto e outras tantas que serão citadas aqui.

Pois bem, em análise a essas questões existem ainda por parte dos próprios legisladores certo receio em legislar sobre os assuntos que existem em nossa sociedade e que são de grande relevância, entretanto, são tratados de forma banal pelos “moralistas sociais, religiosos e afins”, colocando na visão do legislador dificuldade para angariar votos, isso mesmo, o que vemos são políticos que não

pensam no bem estar do cidadão, mas tão somente em continuar no poder e por conta disso fica se resguardando quando da edição de leis que tratem de assuntos sociais importantes, como aqueles aqui citados.

Logo, o aplicador da Lei se depara diante de situações que precisam ser resolvidas e que não podem esperar uma vida pelo legislador para inserir a norma de um determinado assunto no ordenamento jurídico, assim, é que não lhe resta alternativa, senão, interpretar a lei da melhor forma possível e garantir o direito daquele que foi buscar.

(...) o Poder Judiciário por meio de suas decisões possa criar direito, ou seja, usando-se de uma interpretação construtiva (Dworkin), havendo assim de se analisar que tanto o processo legislativo, quanto o judiciário detém natureza substancial, onde ambos são legitimados para a atividade construtivo- criadora do direito, onde a criação do direito por parte do judiciário nasce de suas decisões (Balestrin e Santos, 2011, p. 476)

Nas lições de Barroso, temos que o ativismo é a satisfação das necessidades sociais, vejamos:

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

Para o filósofo Dworking, o Poder judiciário é competente assim como o legislativo para criar e dar uma interpretação construtiva às normas.

Pois bem, analisando tudo o que já foi estudado até aqui podemos concluir que a proatividade do judiciário frente às questões legislativas dizem respeito também ao fato de que as decisões políticas têm ido muito de encontro com a vontade do povo, além disso, tem que a sociedade se mostra cada vez mais evoluída também no que diz respeito à busca pelos seus direitos.

Por fim, é de grande valia destacar que a proatividade do judiciário que tem sido tão discutida é fruto da utilização dos meios que a Constituição lhe propõe para tanto,

isto significa que mesmo nas decisões em que muitos consideram ativismo judicial ou judicialização da política tem ocorrido o que de certa forma foi assegurado pela Constituição Federal, sem qualquer extrapolação de limites.

5.1 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

A judicialização do direito assim como o ativismo judicial é um fenômeno que ainda está sendo estudado, teve o seu surgimento junto com o Estado Democrático de Direito.

Cada dia que passa nos deparamos com um judiciário cada vez mais atuante principalmente o Supremo Tribunal Federal que tem julgado diretamente matérias ligadas ao interesse público, bem como emitido decisões a respeito das mesmas que, em tese seriam de competência de outros poderes, isto é, discutindo no âmbito judicial questões políticas de forma que a consequência é a exteriorização no mesmo nível das questões jurídicas propriamente dita.

Para se ter um exemplo a respeito da judicialização da política traremos aqui Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.213, que teve como Relator o Ministro Celso de Mello e a Suprema Corte verificou a questão referente a edição de medidas provisórias pelo Presidente da República, na verdade o objetivo da ADIN acima mencionada foi a edição da MP 2.027-38/2000, que foi reeditada pela MP 2.183-56, em que idealizou normas para a seleção e indenização de imóveis rurais com o fito de se ter reforma agrária estabelecendo possibilidades de inexpropriabilidade de tais imóveis.

O citado julgamento além de tratar da questão a respeito da constitucionalidade da Medida Provisória, julgou também a legitimidade do Poder Executivo em legislar, bem como a usurpação do Legislativo quando os requisitos de urgência presente no artigo 62 da Constituição Federal for preenchido pela matéria. Segue para um conhecimento melhor a respeito a ementa do caso aqui mencionado:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – A QUESTÃO DO ABUSO PRESIDENCIAL NA EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS –

POSSIBILIDADE DE CONTROLE JURISDICIONAL DOS PRESSUPOSTOS CONSTITUCIONAIS DA URGÊNCIA E DA RELEVÂNCIA

(CF, ART. 62, *CAPUT*) – [...]– A edição de medidas provisórias, pelo Presidente da República, para legitimar-se juridicamente, depende, dentre outros requisitos, da estrita observância dos pressupostos constitucionais da urgência e da relevância (CF, art. 62, *caput*). – Os pressupostos da urgência e da relevância, embora conceitos jurídicos relativamente indeterminados e fluidos, mesmo expondo-se, inicialmente, à avaliação discricionária do Presidente da República, estão sujeitos, ainda que excepcionalmente, ao controle do Poder Judiciário, porque compõem a própria estrutura constitucional que disciplina as medidas provisórias, qualificando-se como requisitos legitimadores e juridicamente condicionantes do exercício, pelo Chefe do Poder Executivo, da competência normativa primária que lhe foi outorgada, extraordinariamente, pela Constituição da República. Doutrina. Precedentes.– A possibilidade de controle jurisdicional, mesmo sendo excepcional, apóia-se na necessidade de impedir que o Presidente da República, ao editar medidas provisórias, incida em excesso de poder ou em situação de manifesto abuso institucional, pois o sistema de limitação de poderes não permite que práticas governamentais abusivas venham a prevalecer sobre os postulados constitucionais que informam a concepção democrática de Poder e de Estado, especialmente naquelas hipóteses em que se registrar o exercício anômalo e arbitrário das funções estatais.

UTILIZAÇÃO ABUSIVA DE MEDIDAS PROVISÓRIAS INADMISSIBILIDADE – PRINCÍPIO Revista da AJURIS – v. 39 – n. 126 Junho 2012 **A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O PAPEL...** 117DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – COMPETÊNCIA EXTRAORDINÁRIA DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA

– A crescente apropriação institucional do poder de legislar, por parte dos sucessivos Presidentes da República, tem despertado graves preocupações de ordem jurídica, em razão do fato de a utilização excessiva das medidas provisórias causar profundas distorções que se projetam no plano das relações políticas entre os Poderes Executivo e Legislativo. – Nada pode justificar a utilização abusiva de medidas provisórias, sob pena de o Executivo – quando ausentes razões constitucionais de urgência, necessidade e relevância material –, investir-se, ilegitimamente, na mais relevante função institucional que pertence ao Congresso Nacional, vindo a converter-se, no âmbito da comunidade estatal, em instância hegemônica de poder, afetando, desse modo, com grave prejuízo para o regime das liberdades públicas e sérios reflexos sobre o sistema de “*checks and balances*”, a relação de equilíbrio que necessariamente deve existir entre os Poderes da República. – Cabe ao Poder Judiciário, no desempenho das funções que lhe são inerentes, impedir que o exercício compulsivo da competência extraordinária de editar medida provisória culmine por introduzir, no processo institucional brasileiro, em matéria legislativa, verdadeiro cesarismo governamental, provocando, assim, graves distorções no modelo político e gerando sérias disfunções comprometedoras da integridade do princípio constitucional da separação de poderes. – Configuração, na espécie, dos pressupostos constitucionais legitimadores das medidas provisórias ora impugnadas. Consequente reconhecimento da constitucionalidade formal dos atos presidenciais em questão.(...).

Assim, tem-se que o Supremo Tribunal Federal acabou julgado outras questões e dentre elas também a questão da respectiva separação dos poderes na esfera de competência normativa do Poder Executivo e entendeu pela legitimidade do

Executivo em determinar diretrizes à respeito da reforma agrária frente aos critérios de urgência e relevância.

Esse é um dos exemplos em que diz ter havido uma judicialização das relações políticas entre os Poderes do Estado democrático de Direito.

Podemos dizer, portanto, que o fenômeno da judicialização continua sendo um fenômeno em crescimento e isso também tem ocorrido em virtude do cenário político que há muito vem se enfrentando no país.

Além disso, temos que a Constituição Federal de 1988 trouxe para o Poder Judiciário marcantes transformações no que diz respeito as suas atividades. Nos últimos tempos temos visto a Corte Constitucional Brasileira assumindo um papel de protagonista frente ao cenário político que estamos vivenciando. A Carta de 1988 deu ao Poder Judiciário a tarefa de exercer um controle sobre a vontade do Estado.

Assim é que, a ampliação dos direitos fundamentais juntamente com a atividade que foi determinada ao Poder Judiciário na Constituição Federal de 1988, bem como as lacunas na lei e por fim os objetivos e diretrizes presentes em seu texto tem ocasionado um enorme crescimento da sua popularidade fazendo com que a sociedade busque cada vez mais respostas às alternativas e solução para os conflitos sociais. O resultado de tudo isso é este fenômeno que foi designado como judicialização da política, em virtude de se ter um Poder Judiciária decidindo questões que são de competência dos Poderes Legislativo e Executivo.

Este fenômeno ocorre em razão de termos uma Constituição de modelo abrangente analítica, o que configura uma Supremacia Constitucional e por fim adotar um sistema de controle de constitucionalidade tanto pelo meio difuso, quanto pela via concentrada.

(...) é muito mais uma constatação sobre aquilo que vem ocorrendo na contemporaneidade por conta da maior consagração de direitos e regulamentações constitucionais, que acabam por possibilitar um maior número de demandas, que, em maior ou menor medida, desaguarão no Judiciário; do que uma postura a ser identificada (como positiva ou negativa). Isto é, esta questão está ligada a uma análise contextual da composição do cenário jurídico, não fazendo referência à necessidade de se criar (ou defender) um modelo de jurisdição fortalecido. Por tudo isso,

pode-se dizer que a judicialização apresenta-se como uma questão social. A dimensão desse fenômeno, portanto, não depende do desejo ou vontade do órgão judicante. Ao contrário, ele é derivado de uma série de fatores originalmente alheios à jurisdição, que possuem seu ponto inicial em um maior e mais amplo reconhecimento de direitos, passam pela ineficiência do Estado em implementá-los e deságuam no aumento da litigiosidade – característica da sociedade de massa. A diminuição da judicialização não depende, portanto, apenas de medidas realizadas pelo Poder Judiciário, mas, sim, de uma plêiade de medidas que envolvem um comprometimento de todos os poderes constituídos (Tassinari, Clarissa. *Jurisdição e Ativismo Judicial*, 2013, p. 9)

Podemos dizer, portanto, que este fenômeno tem ocorrido também em virtude de termos um Poder Legislativo muito ausente das questões sociais, dos conflitos que surgem dentro de uma sociedade. Além disso, temos que não é uma escolha do judiciário utilizar tanto da politização do judiciário quanto do ativismo judicial, ao que parece não lhe resta alternativa, já que é necessário assegurar os direitos constitucionais e não é sempre que os outros poderes estão dispostos a fazer, como será demonstrado e, tópico próprio.

5.2 ATIVISMO JUDICIAL FRENTE À CORTE CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

Embora seja possível a prática do ativismo judicial nos Tribunais de primeiro grau, em razão de trabalharmos aqui questões sociais mais abrangentes nos restringiremos a analisar o ativismo frente a Corte Constitucional brasileira, qual seja o Supremo Tribunal Federal, entretanto, não significa que muito do quanto aqui tratado não aconteça a juízes *a quo* que, como bem sabemos também enfrenta diariamente questões complexas, mas que são possíveis de se utilizar da amplitude da interpretação, bem como da própria estrutura política para fazer aplicar um direito mais justo.

Conforme relatado anteriormente o judiciário vem se deparando nos últimos anos com questões um tanto complexas que precisam ser resolvidas, mas que não existe lei expressa para a resolução do conflito, é a partir de casos assim, que não tem restado alternativa ao judiciário senão utilizar-se das indefinições presentes na letra da lei, dos princípios presentes em nossa Carta Magna para então aplicar o direito e solucionar os conflitos com maior celeridade e efetividade jurisdicional.

No Brasil o a ideia do ativismo judicial passou a ser desenvolvida após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 1988 e isso tem ocorrido justamente porque a nossa Constituição é uma Carta analítica, cheia de princípios e normas que podem ser interpretadas de forma mais ampla para se ver aplicar o direito frente aos casos complexos que surgem em uma sociedade. Além disso, temos as questões políticas que vem sendo enfrentadas pelo país deixando cada vez mais a sociedade um tanto preocupada com a atuação do Legislativo, ao tempo em que tem “apostado” em um Judiciário mais competente e, conseqüentemente mais justo quando da garantia dos seus direitos, já que tem sido o Poder Judiciário que tem preenchido as lacunas existentes nas leis e resolvendo os conflitos complexos que se deparam na sociedade.

As Súmulas editadas pelo Supremo Tribunal Federal fazem parte do sistema jurídico-político brasileiro, é de grande valia ressaltar que no início das edições de Súmulas as mesmas tinham como objetivo apenas representar síntese das decisões mais importantes prolatadas não só por um, mas por um número maior de tribunais. Entretanto, foi com a Emenda Constitucional nº 45/2004 que as Súmulas passaram a fazer parte do ordenamento jurídico, bem como a ter uma natureza vinculante frente a todo Poder Judiciário deixando, portanto, de ser meramente orientadoras como acontecia antes da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, assim, por terem efeitos vinculantes da não observância das mesmas é cabível reclamação direta ao Supremo Tribunal Federal, que conseqüentemente anula a decisão judicial, bem como o ato administrativo que esteja em desconformidade com a Súmula.

As Súmulas vinculantes surgiram a partir da necessidade de fortalecer a ideia de uma única interpretação jurídica para a mesma norma constitucional ou legal, de modo a possibilitar que seja assegurada a segurança jurídica e também o princípio da igualdade, pois os órgãos do Poder judiciário, não devem aplicar as leis e atos normativos aos casos concretos de forma a criar ou aumentar desigualdades arbitrárias, devendo, pois, utiliza-se de todos os mecanismos constitucionais disponíveis no sentido de conceder às normas jurídicas uma interpretação única e igualitária, e, portanto, jamais, mais justa. (Moraes, Alexandre de. 2007 p. 556).

A edição de Súmulas se dá a partir do quanto disposto no artigo 103- A da Constituição da República Federativa do Brasil, senão, vejamos:

Art. 103-A O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei (Constituição Federal do Brasil 1988).

Foi a partir do surgimento das súmulas que começaram as dúvidas e questionamentos, entre eles se o Supremo Tribunal Federal não estaria usurpando a competência do legislativo e conseqüentemente ferindo os princípios da separação de poderes, bem como o da inércia do judiciário.

Para muitos foi a partir da edição das súmulas vinculantes que começou a ideia de ativismo judicial nas relações sociais sob a alegação de que representa pura e simplesmente, o Poder Judiciário enquanto criador do direito, legislando em sentido amplo e limitando a interpretação das normas nos casos concretos.

Debruçando-se na pesquisa concluímos que a edição das súmulas tem inúmeros objetivos, dentre eles a garantia da segurança jurídica para casos idênticos, efetividade jurisdicional e uma celeridade processual maior na resolução dos conflitos, além disso, tem-se que a sua edição só ocorre após inúmeras decisões reiteradas no mesmo sentido, logo, partindo da premissa de que é um único órgão (Poder Judiciário), entretanto, vários tribunais decidindo no mesmo sentido não tira do juiz a discricionariedade como alegado por alguns autores.

No nosso ponto de vista a Súmula vinculante consegue trazer para o ordenamento jurídico uma segurança jurídica muito maior e diminui em grau elevado as diferentes decisões para o mesmo tipo de conflito, o que, por sua vez, assegura a devida observância do princípio da igualdade jurídica.

Além das Súmulas vinculantes como norteadora do ativismo judicial praticado pelo Supremo Tribunal federal, temos visto muitos estudiosos questionarem a respeito do mandado de injunção alegando que a Suprema corte utiliza do mesmo para legislar.

Após uma análise mais sucinta a respeito do tema aqui trabalhado, temos que, no que diz respeito ao Mandado de Injunção a própria Constituição Federal diz ser de competência do Supremo Tribunal Federal (Corte Constitucional) o processamento e julgamento do mesmo, pois bem, em que pese ter um entendimento bem curto frente a grandes estudiosos que temos em relação ao tema, ora em análise, não vislumbramos ativismo judicial por parte do Judiciário quando do julgamento do Mandado de Injunção, senão, vejamos:

Primeiramente chama atenção para o fato de que o próprio legislador atribui a competência para processamento e julgamento do mandado de injunção, logo, não há que se falar em ativismo judicial quando estamos diante de decisão proferida nos autos do Mandado de Injunção, tendo em vista que o órgão julgador em momento nenhum ultrapassa os seus limites, visto que a própria Constituição lhe dá poderes para isso, em nosso pequeno entendimento para se falar em ativismo judicial tem que haver decisões que ultrapassem tanto os limites constitucionais quanto interfira no poder político dos demais poderes, não é o que se vislumbra quando do julgamento do Mandado de Injunção. Além disso, se o ativismo judicial praticado pelo judiciário for com o fito de garantir direitos constitucionais válidos ao cidadão, não vislumbramos qualquer problema já que o Legislativo vem se tornando cada vez mais omissivo quanto a isso.

É nesse momento que haverá inúmeros estudiosos para afirmar que a prática do ativismo judicial fere o princípio da separação de poderes, ao tempo em que nós que somos uma corrente favorável podemos argumentar que a não resolução do conflito pelo judiciário para garantir ao cidadão efetividade do seu direito frente a uma lacuna da legislação por conta da omissão do Poder Legislativo fere inúmeros princípios constitucionais importantes. Em todas as decisões do Supremo Tribunal Federal percebemos quantos princípios importantes seriam usurpados caso o Judiciário não garantisse o direito pleiteado.

Tudo isso para dizer que, em ambos os casos estaríamos frente à inobservância de algum princípio, dentre todos eles ficamos com aqueles que garantem uma vida mais justa e mais digna.

É nesse momento que tomamos a liberdade de mais uma vez citar Dworking quando o mesmo afirma que, “o Poder judiciário é competente assim como o legislativo para criar e dar uma interpretação construtiva às normas”.

5.3 ATIVISMO JUDICIAL E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS

Temos na Constituição da República Federativa do Brasil inúmeros direitos conhecidos como fundamentais inseridos logo nos seus primeiros artigos, bem como espalhados em todo texto constitucional. Todos os direitos muito bem elaborados na letra da lei e de um reconhecimento e importância imensurável nos dias atuais, todas as garantias ali estabelecidas têm como maior objetivo a proteção de uma vida com dignidade em todos os seus termos.

Desde a nossa primeira Constituição até a atual, promulgada em 1988 tivemos uma enorme evolução da sociedade e do próprio ser humano que há muito vem descobrindo a importância de ver garantidos tais direitos.

A proteção dos direitos fundamentais é de grande importância, tendo em vista tratar-se de direitos humanos, isto é, direitos que são capazes de proporcionar uma vida com dignidade.

Também é de grande valia destacar logo no início que dentre os direitos expressos no texto constitucional, também lá existem princípios que são de grande importância para as garantias desses direitos, são na verdade princípios que de certa forma norteiam os direitos fundamentais previstos e outros tantos, que embora não são tidos como fundamentais possuem enorme relevância para conduzir atos da vida em sociedade.

Como mencionamos a sociedade constantemente passa por evolução, algumas vezes de forma mais lenta outras vezes em uma velocidade impressionante, ocorre que com existência dessa evolução social necessário se faz que a legislação também evolua ao passo que os direitos do povo possam permanecer garantidos.

É certo que a Constituição Federal é o alicerce do ordenamento jurídico pátrio é a partir dela que surgem os outros direitos e todas as outras leis necessariamente

devem está em consonância com a nossa Carta Magna, pois se assim não estiver não produzirá efeitos e conseqüentemente não fará parte do mundo jurídico. A nossa Carta Magna gira em torno da dignidade da pessoa humana, assim todas as leis editadas devem observar tais direitos.

Pois bem, temos que com a evolução acima mencionada por vezes ficamos com uma legislação lacunosa diante de alguns conflitos que surgem na sociedade e que são enfrentados pelo judiciário que no exercício da sua função necessariamente terá que resolver.

Traremos aqui para vislumbrar melhor o tema, exemplo de uma situação que surgiu com a evolução da sociedade e por falta de legislação pertinente, bem como da omissão do Poder Legislativo em editar normas regendo a matéria precisou ser resolvido pelo Poder Judiciário para garantir direitos que são inerentes à pessoa, a exemplo temos o reconhecimento da união estável homoafetiva que não tem lei editada que regulamente a matéria e precisou ser reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal através do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277, a questão foi decidida na época pelo voto favorável de dez Ministros. Pois bem, para diversos estudiosos do direito a decisão da Suprema Corte ultrapassou os limites constitucionais e feriu o princípio da tripartição de poderes.

Para conhecimento segue abaixo a decisão ADPF que garantiu a efetivação do direito dos companheiros homoafetivos, vejamos:

Ementa: 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-

CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de promover o bem de todos. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana norma geral negativa, segundo a qual o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO FAMÍLIA NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão família, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal locus institucionais de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por intimidade e vida privada (inciso X do art. 5º). 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. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEM RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE ENTIDADE FAMILIAR E FAMÍLIA. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no § 3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da

letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia entidade familiar, não pretendeu diferenciá-la da família. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado entidade familiar como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem do regime e dos princípios por ela adotados, verbis: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição.

6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA INTERPRETAÇÃO CONFORME). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de interpretação conforme à Constituição. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

(STF - ADPF: 132 RJ, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 05/05/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-01 PP-00001)

Pois bem, é importante ressaltar que antes dessa decisão, para ser mais exata na década de 90, o Legislativo, recebeu inúmeros projetos de lei que discutiam a união homoafetiva, no entanto, todos foram “engavetados”, outros sequer, foram colocados em pauta para discussão.

A Constituição da República Federativa do Brasil dispõe em seu artigo 5º que “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 (...)”¹¹.

Fazendo uma pequena interpretação do dispositivo constitucional citado acima, podemos concluir que quando se fala “sem distinção de qualquer natureza”, os direitos ali concedidos deverão ser garantidos a todos, independente de raça, cor, sexo, religião e orientação sexual, uma vez que o próprio dispositivo garante o direito à liberdade, logo, cabe ao ser humano escolher qual a opção sexual pretende seguir e isso não lhe tira qualquer direito previsto na Constituição Federal, portanto, questiona-se, se o homossexual pretende viver com pessoa do mesmo sexo qual a razão de não lhe ser garantido os mesmos direitos que têm àqueles de sexo diferentes que convivem em união estável? Observa que isso não faz qualquer sentido, essa é só uma das questões que por muito tempo precisou ser discutida e que não foi porque o Poder Legislativo se omitiu perante a matéria. Agora vamos pensar na situação do Poder Judiciário que não tem “competência para legislar”, mas possui o dever de aplicar e garantir o direito àquele que o busca, ademais, temos que a própria Constituição Federal dá competência à Suprema Corte para processar e julgar algumas ações que são possíveis de garantir os direitos perseguidos a exemplo disso temos a ADPF, a ADI e o Mandado de Injunção.

Se o Supremo Tribunal Federal não tivesse uma postura ativista no caso acima mencionado provavelmente os homossexuais não teriam o direito da união estável reconhecido, tendo em vista que há muito o Poder Legislativo teve a oportunidade de editar norma sobre a matéria e não o fez.

Esse é apenas um exemplo de tantos outros que o Poder Legislativo se omite em regulamentar e que, necessariamente o Poder Judiciário terá que dispor a respeito. Sabemos que nesse contexto o papel assumido pelo judiciário é um tanto político, entretanto, é a própria Constituição que permite essa politização do judiciário quando deixa em seus dispositivos cláusulas abertas, bem como quando “incorporam em seu texto objetivos e diretrizes políticas”.

¹¹ Grifos nossos

Essa politização do juiz é o resultado de sua alta independência e criatividade. Juiz politizado, porém, não significa juiz parcial, apartado da lei e substituto da política. O juiz-político continua imparcial e não cede às pressões de grupos e partidos; continua limitado e vinculado à Constituição, de modo que sua politização é tão-somente expressão, numa sociedade complexa, de um aumento das possibilidades de escolha e decisão, e não de um processo de negação ou recusa da legalidade constitucional, continua, enfim, a cumprir a sua precisa função constitucional (Cunha Júnior, Dirley da. *Ativismo Judicial e Concretização Dos Direitos Fundamentais*, 2015)¹².

Diante do quanto exposto podemos dizer que o que temos é um Poder Judiciário que assegura direitos constitucionais frente à omissão do Poder Legislativo em editar normas regulamentando matérias ainda não tratadas na legislação, e a constituição Federal abre margem para essa possibilidade de o juiz utilizar de instrumentos politizados ou tão somente interpretativos que tanto possibilita a resolução do conflito quanto assegura o cumprimento adequado dos direito.

É certo por óbvio, que o Poder Judiciário não deve intervir, sem mais, em esfera reservada a outro Poder, para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas e executivas no atendimento das demandas sociais. Todavia – e é isso que aqui defendemos – quando os Poderes Legislativo e Executivo mostram-se incapazes ou totalmente omissos em garantir o cumprimento adequado dos direitos fundamentais, em violação evidente de seus deveres constitucionais, cabe inevitavelmente a intervenção do Judiciário, como o **terceiro gigante** no controle das omissões do Poder Público. Noutras palavras, quando os órgãos de direção política (Legislativo e Executivo) falham ou se omitem na implementação de políticas públicas destinadas à efetivação dos direitos fundamentais e dos objetivos fundamentais do art. 3º da Constituição Federal de 1988, cumpre ao Poder Judiciário – co-responsável no processo de construção da sociedade e do bem-estar – adotar uma posição **ativa** e **dinâmica** na realização das finalidades do Estado Social, desenvolvendo e efetivando diretamente os preceitos constitucionais definidores desses direitos sociais. E a Constituição brasileira de 1988, marcadamente **dirigente**, esculpiu um Estado Social, redefinindo a relação entre os três Poderes e adjudicando ao Poder Judiciário funções de efetivo controle dos atos – comissivos e omissivos – dos poderes públicos (Cunha Júnior, Dirley da. *Ativismo Judicial e Concretização Dos Direitos Fundamentais*, 2015).

Com os fenômenos aqui estudados (judicialização da política e ativismo judicial) foi possível verificar que o surgimento dos mesmos ocorreu de forma circunstanciada e em razão do cenário político que estamos vivendo de certa feita em momento muito oportuno, tendo em vista que com a utilização de ambos é possível ver aquilo que prega a nossa constituição ser efetivado, precisamos de instrumentos, fenômenos

¹²

<https://www.brasiljuridico.com.br/artigos/ativismo-judicial-e-concretizacao-dos-direitos-fundamentais.-por-dirley-da-cunha-junior.#> ftn13. Acesso em 17/09/2018

ou qualquer outro meio que tenha o condão de proporcionar uma vida com dignidade a todos os cidadãos sem que seja necessária se deparar com um cenário em que não se cria leis para não ter que garantir direito por se tratar de pessoas que se relacionam com outras do mesmo sexo; que não se faz direito para garantir a descriminalização do aborto, mas se prega um direito à liberdade; não se edita norma para tratar da adoção por pessoas do mesmo sexo, mas se prega que todos são iguais perante a lei, e que toda criança tem o direito de crescer no seio familiar. Assim, enquanto tivermos um Poder Legislativo em que não executa com maestria o ofício para o qual foi eleito se deixando aprisionar na maioria das vezes por moralismo social, pressões de grupos políticos, bem como visando apenas angariar votos para continuar no poder, acreditamos ser necessário a utilização do ativismo judicial para a garantia e cumprimento dos direitos de forma pertinente.

6. CONCLUSÃO

Como sabemos e foi devidamente colocado linhas acima o Brasil é um Estado Democrático de Direito regido por uma Carta Magna a qual estabelece inúmeros direitos e garantias, bem como traz em seu texto a divisão dos Poderes e a Organização do Estado.

Foi designado ao Supremo Tribunal Federal o controle de constitucionalidade das leis em virtude do mesmo ter como função primordial a guarda da Constituição da República Federativa do Brasil para garantir maior efetividade ao seu texto.

O Controle de Constitucionalidade além de permitir que o Supremo Tribunal Federal averigue a conformidade das leis infraconstitucionais com a Constituição da República Federativa do Brasil, dá competência ao mesmo para processar e julgar ações que possibilita a edição de leis e conseqüentemente a garantia do direito que por ventura, tenha lacuna na legislação e omissão por parte do Legislativo ao tratar da matéria.

Assim é que podemos dizer que a Constituição estipula meios processuais que desencadeia a proatividade do Supremo Tribunal Federal e com isso se garante uma efetividade maior dos direitos e garantias individuais e coletivos.

A partir dessa análise é que podemos perceber que o fenômeno estudado no presente trabalho é muito positiva para a efetivação dos direito, primeiro porque ao que parece a utilização desse fenômeno não possibilita ferir princípios constitucionais importantes e nem tampouco tira do juiz o seu poder de discricionariedade, tendo em vista que a utilização daquele é possível desde que seja observado o quanto dispõe a Constituição e, não tem sido diferente já que o Supremo Tribunal Federal tem utilizado os mecanismos colocados na Constituição Federal para a garantia de direitos que são omissos de lei mas que são essenciais para a dignidade da pessoa.

Partindo do quanto já exposto, vislumbramos ser viável a utilização do fenômeno aqui estudado, qual seja o ativismo judicial quando o mesmo tiver como principal objetivo garantir a efetivação do direito.

REFERÊNCIAS

Bandeira de Mello, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 19ª Ed., São Paulo, Malheiros, 2005, p. 90

BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. Brasília, Editora e Livraria Brasília Jurídica, 1996, p. 89.

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

Bobbio, Norberto, 1909- Dicionário de Política/ Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 11ª ed., 1998.

BRASIL JURÍDICO, disponível em: <https://www.brasiljuridico.com.br/artigos/o-dogma-da-separacao-das-funcoes-estatais-no-estado-democratico-de-direito--a-necessidade-de-uma-revisao-da-teoria-classica-da-separacao-de-poderes.-por-dirley-da-cunha-junior>. Acesso em: 28 ago 2018.

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

COELHO, Inocêncio Mártires. Interpretação Constitucional, 2ª ed., Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

Cruz, Álvaro Ricardo de Souza. **O direito à diferença**: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e portadores de deficiência. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 11.

Cunha Júnior, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. 11ª ed. rev. ampl. e atual.- Salvador: JusPODIVM, 2017.

Daniel Sarmiento. A igualdade étnico-racial no Direito Constitucional brasileiro: discriminação “de facto”, teoria do impacto desproporcional e ação afirmativa. In NOVELINO, Marcelo (org.), *Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos humanos e Direitos Fundamentais*. 3ª Ed., ver. E atual. Salvador: Jus Podivm, 2008, p. 207.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do Processo*. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998.

DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. *Controle de Constitucionalidade e Teoria da Recepção*. São Paulo: Malheiros, 1995.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. São Paulo. Saraiva, 1991, p. 381.

Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 39 ed., Rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p.1.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Moraes, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

PIOVESAN, F. *Direitos Humanos, O Princípio da Dignidade Humana e a Constituição Brasileira de 1988*. *Revista dos Tribunais*, março 2005, vol. 833.

SANTOS, Paulo Júnior Trindade dos; BALESTRIN, Thelleen Aparecida. *Ativismo judicial*. *Revista da ESMESC*, v. 18, n. 24, 2011.

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

TASSINARI, Clarissa. Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário. 1 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.