



FACULDADE BAIANA DE DIREITO E GESTÃO

CURSO DE PÓS GRADUAÇÃO *LATO SENSU*

DIREITO PÚBLICO

THAYSE MENEZES DE OLIVEIRA

**AS OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO E O
ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL**

SALVADOR/BAHIA

2018

THAYSE MENEZES DE OLIVEIRA

**AS OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO E O
ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL**

Monografia apresentada à Faculdade Baiana de Direito e Gestão como requisito parcial para a obtenção de grau de Especialista em Direito do Estado.

SALVADOR/BAHIA

2018

THAYSE MENEZES DE OLIVEIRA

**AS OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO E O
ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL**

Monografia aprovada como requisito para obtenção do grau Especialista em
Direito do Estado, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador/Bahia ____/____/ 2018.

RESUMO

Este trabalho científico, realizado por meio de uma revisão de literatura foi baseado em estudos notavelmente reconhecidos na doutrina e jurisprudência pátrias e tem a finalidade de elastecer o debate acerca do crescimento da atuação criativa do Poder Judiciário no atual cenário brasileiro. Visa, assim, demonstrar as razões que justificam a mudança do Judiciário no exercício de suas funções, passando a ser um Poder intervencionista e garantidor dos preceitos constitucionais, por meio dessa atividade criativa.

Palavras-chaves: debate; atuação criativa; Poder Judiciário; intervencionista; garantidor; preceitos constitucionais.

ABSTRACT

This scientific work, carried out through a literature review, was based on studies that have been recognized in the jurisprudence and jurisprudence of the country and has the purpose of elucidating the debate about the growth of the creative activity of the Judiciary in the current Brazilian scenario. It aims to demonstrate the reasons that justify the change of the Judiciary in the exercise of its functions, becoming an interventionist Power and guarantor of the constitutional precepts, through this creative activity.

Key-word: debate; creative activity; Judiciary; interventionist; guarantor; constitutional precepts.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
CAPÍTULO I – BREVE HISTÓRICO	9
1. Constitucionalismo	9
1.1 Constitucionalismo Antigo	10
1.2 Constitucionalismo Moderno	12
1.3 Constitucionalismo Contemporâneo ou Neoconstitucionalismo	18
CAPÍTULO II – A EFICÁCIA DA NORMA CONSTITUCIONAL E A GARANTIA DE DIREITOS	22
1. A Força Normativa da Constituição e a Concretização de Direitos	22
2. As Omissões Inconstitucionais e a Intervenção do Poder Judiciário	28
CAPÍTULO III – CONTROLE DAS OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS	34
1. Instrumentos de Controle	34
1.1 Mandado de Injunção	37
1.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão	41
CAPÍTULO IV – ATIVISMO JUDICIAL	44
1. Ativismo Judicial e suas Limitações Constitucionais	44
2. O Ativismo Judicial no Brasil e o Supremo Tribunal Federal	53
CONCLUSÃO	69
REFERÊNCIAS.....	71

INTRODUÇÃO

Em razão da grande importância do papel desempenhado pelo Poder Judiciário dentro do cenário político e jurídico brasileiro, vez que de extrema relevância a sua atuação para a implementação e a garantia do Estado Democrático e Constitucional de Direito, é possível constatar uma importante transformação no exercício da função por este Poder do Estado.

Com efeito, ao longo dos anos e das diversas formas de Estado, o Poder Judiciário sempre se destacou e demonstrou o caráter essencial e indispensável que possui no desempenho de suas atribuições, para a manutenção do equilíbrio estatal e a garantia de direitos estabelecidos aos cidadãos dentro do ordenamento jurídico.

Desde os primórdios até a contemporaneidade, a história e o Direito assistiram à evolução das preocupações humanas caminharem no sentido de estabelecer limites ao poder do Estado, por meio, inclusive, do estabelecimento de direitos fundamentais ao cidadão através de instrumentos normativos de caráter essencial.

Dessa preocupação com a limitação do poder estatal e com a preservação de direitos fundamentais origina-se a necessidade de divisão das funções exercidas pelo Estado e de criação de um instituto normativo que estabelecesse regras e princípios organizadores do Estado e garantidores de direitos, que vem a ser a Constituição.

Destarte, a Constituição surge no cenário jurídico estatal como instrumento normativo fundamental criador de direitos e instituidor de limites ao Estado, com caráter supremo e vinculante em relação aos Poderes Públicos, que devem obediência e respeito às suas disposições, com fins a estabelecer e efetivar as suas disposições.

Nesse diapasão, ao Estado resta criar preceitos asseguradores dos direitos fundamentais, através do Poder Legislativo, proceder à execução de tais normas por meio do Poder Executivo e garantir a concretização dos princípios e regras previstos no mais importante diploma estatal, preservando a imperatividade da Constituição, através do Poder Judiciário.

É nessa linha de atuação, que o Poder Judiciário desempenha um relevante papel à concretização dos direitos fundamentais, o qual vem se destacando e gerando debates acerca da crescente criatividade que este Poder vem demonstrando no exercício de suas funções.

De efeito, conforme dito alhures, o papel desempenhado pelo Judiciário vem crescendo em força e criatividade dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Isso se justifica em razão da inércia estatal em proceder à execução das políticas públicas sociais e dos direitos fundamentais previstos na Carta Constitucional.

Assim, em virtude da omissão perpetrada pelo Estado diante da obrigatoriedade de preservação dos direitos fundamentais, cabe ao Poder Judiciário proceder à determinação das medidas necessárias ao fiel cumprimento e concretização dos preceitos constitucionais.

Para viabilizar a efetividade e a concretização das normas constitucionais, importa frisar que o próprio texto supremo criou ferramentas com a finalidade de movimentar o Poder Judiciário, caracterizado pela inércia, que resta instado a se manifestar acerca da falta de atuação estatal e conseqüente violação aos direitos assegurados pela Norma Fundamental.

Em razão dessa necessidade de atuação concretizadora do Judiciário, justificada, para parcela da doutrina, pela omissão estatal, surgiu o debate acerca do ativismo judicial, da politização deste poder e da possível invasão à função legislativa do Estado perpetrada pela citada mudança.

Nesses termos, frise-se que o presente trabalho tem por fim discutir a transformação que vêm ocorrendo no papel desempenhado pelo Poder Judiciário à garantia da eficácia da norma constitucional e concretização dos direitos fundamentais, por meio dessa polêmica atividade criativa que se consubstancia no ativismo judicial.

CAPÍTULO I – BREVE HISTÓRICO

1. Constitucionalismo

O constitucionalismo se caracteriza no movimento constitucional em busca de uma organização política da comunidade fundada na limitação do poder absoluto. Possui origem vinculada ao povo hebreu, de onde partiram suas primeiras manifestações, sob o fundamento do regime teocrático, caracterizado a partir da idéia de que o detentor do poder, longe de ostentar um poder absoluto e arbitrário, estava limitado pela Lei do Senhor, que submetia igualmente governantes e governados¹.

Surgiu como um movimento político e filosófico inspirado por ideias libertárias que reivindicou um modelo de organização política lastreada no respeito dos direitos dos governados e na limitação do poder dos governantes. Seu conceito, portanto, está vinculado à noção e importância da Constituição, na medida em que é através dela que se pretende realizar o ideal de liberdade humana com a criação de meios e instituições necessárias para limitar e controlar o poder político².

Vê-se que o constitucionalismo se destacou no mundo como uma forma de limitar a atuação do Estado e de prescrever os direitos fundamentais do cidadão, a fim de evitar a propagação das arbitrariedades estatais em face do povo e de garantir o exercício de direitos.

Ressalte-se que o constitucionalismo não se confunde com a Constituição, pois a antecede e transcende, mas esta é a figura principal daquele movimento constitucional.

Desse modo, não pregava o constitucionalismo a elaboração de Constituições, pois onde havia uma sociedade politicamente organizada já existia uma Constituição fixando-lhe os fundamentos de sua organização, pois em qualquer época e em qualquer lugar do mundo, havendo Estado, sempre houve e sempre

¹ LOEWENSTEIN apud CUNHA JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017, p.29.

² Ibidem, mesma página.

haverá um complexo de normas fundamentais³, que se identifica como a Constituição material daquele Estado.

Assim sendo, este movimento constitucional tinha por finalidade precípua fazer com que as Constituições abrigassem preceitos asseguradores da separação das funções estatais e dos direitos fundamentais⁴.

O constitucionalismo teve diversas fases de desenvolvimento, o que tem gerado, na doutrina, a distinção entre o constitucionalismo antigo, o medieval, o moderno e o contemporâneo.

1.1 Constitucionalismo Antigo

O constitucionalismo antigo é identificado como todo o esquema de organização político-jurídica que precedeu o constitucionalismo moderno, como o constitucionalismo hebreu, o grego, o romano e o inglês e vigorou durante a antiguidade clássica⁵.

Na Grécia, entre os séculos VI e IV a. C., floresceram algumas ideias e instituições que podem ser vistas como correspondentes a um modelo antigo de constitucionalismo. Na *polis* grega vigorou a democracia direta, por meio da qual os cidadãos, sem intermediários, deliberavam em assembleias (*ecclesia*) sobre os principais assuntos de interesse geral. A organização política da *polis* era chamada de *politeia*, expressão traduzida por muitos como Constituição⁶.

Conforme bem pontuado por Karl Loewenstein⁷, em sua clássica obra *Teoría de la Constitución*, “havia na Grécia um regime político que se preocupava com a limitação do poder das autoridades e com a contenção do arbítrio”.

Em Roma, onde vigorava a forma republicana de governo (V a II a.C.), foi instituído um sistema de freios e contrapesos para dividir e limitar o poder político⁸.

³ CUNHA JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017, p.29.

⁴ TEMER apud CUNHA JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017, p.30.

⁵ Ibidem, p. 32.

⁶ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed., 3. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 70.

⁷ LOEWENSTEIN apud ibidem, mesma página.

Algumas instituições desse período já prenunciavam a concepção moderna da separação dos poderes, notadamente a sua repartição por instituições como o Consulado, o Senado e a Assembleia, representativas de estamentos diferentes da sociedade, de forma a propiciar o equilíbrio entre eles⁹.

O constitucionalismo medieval, que se inicia com a queda do Império Romano, correspondeu a um período caracterizado pelo amplo pluralismo político. Nessa época não havia qualquer instituição que detivesse o monopólio legítimo do uso da força, da produção de normas ou da prestação jurisdicional. O poder político encontrava-se fragmentado por múltiplas instituições, como a Igreja, os reis, os senhores feudais, as cidades, as corporações de ofício e o Imperador, sem que houvesse uma divisão clara de competência entre elas, nem uma supremacia incontestada de qualquer uma¹⁰.

Foi durante esse período que o constitucionalismo logrou obter importantes vitórias com a limitação do poder absoluto do Rei, por meio da Magna Carta Inglesa firmada pelo Rei João Sem Terra em 1215, através da qual este se comprometia a respeitar determinados direitos dos nobres ingleses, representando um pacto constitucional entre o Rei, a Nobreza e a Igreja. Apesar de ter garantido privilégios feudais tão somente aos nobres ingleses é considerada como marco de referência para algumas liberdades clássicas, como o devido processo legal, a liberdade de locomoção e a garantia da propriedade¹¹.

A noção de Constituição é extremamente restrita, no constitucionalismo antigo e no medieval, uma vez que era concebida como um texto não escrito, que visava tão somente a organização política de velhos Estados e a limitar alguns órgãos do Poder estatal (Executivo e Judiciário) com o reconhecimento de certos direitos fundamentais, já que o Parlamento, considerado absoluto, não se vinculava às disposições constitucionais, não havendo possibilidade de controle de constitucionalidade dos atos parlamentares. O Parlamento poderia até alterar a Constituição pelas vias ordinárias¹².

⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017, p.29

⁹ LOEWENSTEIN apud op. cit., p. 71.

¹⁰ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed., 3. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 71.

¹¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017, p.31.

¹² Ibidem, p. 32.

1.2 Constitucionalismo Moderno

O constitucionalismo deslança em direção à modernidade, ganhando novos contornos após a Magna Carta inglesa. A partir daí foram elaborados importantes documentos constitucionais escritos, com a finalidade de realizar o discurso do movimento constitucionalista da época, são eles: *Petition of Rights* (1628), *Habeas Corpus Act* (1679), *Bill of Rights* (1689), etc¹³.

Com o fim do feudalismo, regime político e cultural que vigorou durante a Idade Média, teve início na Europa a Idade Moderna, período em que predominou o Antigo Regime, responsável por instaurar o absolutismo. O Estado absolutista dominava a tal ponto a vida política da sociedade europeia que um rei pôde dizer de si mesmo: “O Estado sou eu”. Essa frase foi atribuída a Luís XIV, conhecido como o “rei Sol”, que governou a França entre 1661 e 1715¹⁴.

Na atmosfera cultural e política que vigia à época, as palavras do rei não causaram escândalos nem protestos. Essa visão do poder refletia as práticas políticas em vigor na Europa durante os séculos XVI, XVII e XVIII. Durante esse período, a sociedade permaneceu estatamental¹⁵, pois ao concentrar o poder em suas mãos o rei manteve como compensação muitos dos privilégios da nobreza e do clero, além da separação rígida entre os diversos grupos sociais¹⁶.

No final do século XVIII, a França passou por uma crise que tornou evidente a precariedade da organização administrativa, política, econômica e social do país. As desigualdades sociais e políticas tinham como causa um conjunto de fatores, dentre os quais se destacava a sociedade dividida em três estados: o clero, a nobreza e o povo. Os dois primeiros estados mantinham uma série de privilégios, como a isenção do pagamento de tributos, enquanto o terceiro estado, constituído pela burguesia, não possuía direito algum. Tendo consciência de sua força, a burguesia passou a lutar por mudanças que lhe permitissem exercer maior controle sobre o governo e o Estado.

¹³ CUNHA JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017.

¹⁴ DIVALTE, Garcia Figueira. **História (volume único)**. 5 ed. São Paulo: Ática, 2002, p. 121.

¹⁵ Estamentos, segundo Divalte, são grupos sociais definidos por relações de privilégio e de honra, por laços de sangue e por um estilo específico de vida. A sociedade estatamental não fornecia possibilidades de mobilidade social. (Ibidem, mesma página).

¹⁶ Ibidem, mesma página.

Com o agravamento da crise e por iniciativa do terceiro estado fora instaurada, em 1789, a *Assembleia Nacional Constituinte*, com o objetivo de extinguir os privilégios da nobreza e do clero e dar à França uma Constituição conforme os ideais do Iluminismo. Nesse mesmo ano foi proclamada a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*. Em 1791 passou a vigorar a nova Constituição, que transformava a França numa monarquia constitucional e a reorganizava de acordo com a teoria da tríplice divisão dos poderes do Estado.

Nesse cenário político, influenciado pelos ideais iluministas, houve especial destaque para o papel desempenhado pelo abade Sieyès, que, embora clérigo, era deputado pelo terceiro estado e acabou participando das grandes decisões de 1789, tendo publicado, no período imediatamente anterior à revolução, a obra “*O que é o terceiro estado?*”, cuja manifestação serviu para sintetizar os anseios e a importância desse grupo social.

Em meio a tais transformações teve origem o constitucionalismo moderno forjado na Europa ao final do século XVIII a partir da difusão dos *ideais iluministas*¹⁷ da limitação do poder, que influenciaram na independência das Treze Colônias em 1776 e na Revolução Francesa em 1789¹⁸. Sua origem formal está vinculada à idéia de *Constituição escrita*, chegando ao seu ápice político com as Constituições escritas e rígidas dos Estados Unidos da América, de 1787, e da França, de 1791, apresentando dois traços marcantes: a organização do Estado e a limitação do poder estatal, por meio da previsão de Direitos e Garantias Fundamentais¹⁹.

No constitucionalismo moderno, a noção de Constituição envolve uma força capaz de limitar e vincular todos os órgãos do poder político, inclusive o Parlamento, que passa a ser submetido ao sistema de responsabilização jurídico-política por ela

¹⁷ Os iluministas defendiam a tese de que os governos deveriam existir para o bem da sociedade, com a função de garantir a liberdade econômica e individual (suprimindo a escravidão e a servidão) e a igualdade de todos perante a lei. Tutelavam a defesa dos direitos dos indivíduos e o combate às arbitrariedades dos governos absolutos. Com base nesses princípios, lutavam pela supressão dos privilégios de nascimento decorrentes da sociedade estatamental que vigorou durante todo o *Antigo Regime*. (DIVALTE, Garcia Figueira. **História (volume único)**. 5 ed. São Paulo: Ática, 2002, p. 202).

¹⁸ A Revolução Francesa é considerada pelos historiadores o marco que assinala o fim da Idade Moderna e o início da Idade Contemporânea. O movimento foi o mais poderoso golpe contra o Antigo Regime na França e repercutiu em toda a Europa e em várias regiões do mundo, inclusive na América. Os revolucionários franceses, sob o lema *liberdade, igualdade e fraternidade*, levaram os ideais iluministas às últimas conseqüências. Procuraram instituir um Estado caracterizado por maior participação política da população e pela diminuição das desigualdades sociais. Inauguraram assim um Estado que tinha em sua base o “povo” e o direito à cidadania. (Ibidem, p. 211).

¹⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público**. 2 ed. ver. e atual. Salvador: Saraiva, 2008, p. 7.

instituído ao poder que a desrespeitar, mediante o controle de constitucionalidade de seus atos. É concebida como um documento escrito e rígido que se manifesta como uma *norma suprema e fundamental*, porque hierarquicamente superior a todas as outras, das quais constitui o *fundamento de validade*, que só pode ser alterado por procedimentos especiais e solenes previstos em seu próprio texto²⁰.

Assim, conforme doutrina dos renomados professores Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento:

O constitucionalismo moderno se assenta em três pilares: a contenção do poder dos governantes, por meio da separação de poderes; a garantia de direitos individuais, concebidos como direitos negativos oponíveis ao Estado; e a necessidade de legitimação do governo pelo consentimento dos governados, pela via da democracia representativa²¹.

O constitucionalismo moderno, portanto, se constituiu em aspiração a uma constituição escrita, que assegurasse a separação dos Poderes e os direitos fundamentais como modo de se opor ao poder absoluto dos governantes, próprio das primeiras formas de Estado. Razão por que as primeiras Constituições do mundo se preocuparam em oferecer resposta ao esquema do poder absoluto do monarca, submetendo-o ao controle do parlamento, por meio das monarquias constitucionais²².

Não por outra razão, J.J. Gomes Canotilho afirma que o constitucionalismo apresenta-se como uma teoria formada por um conjunto de ideias que exalta o princípio do governo limitado como indispensável à garantia dos direitos, representando uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos²³. “Cuida-se de um movimento político e jurídico que visa a estabelecer em toda a parte regimes constitucionais, ou seja, governos moderados, limitados em seus poderes, submetidos a Constituições escritas”²⁴.

A primeira fase do constitucionalismo moderno teve caráter liberal-burguês baseando-se na ideia de que a proteção dos direitos fundamentais dependia da

²⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público**. 2 ed. ver. e atual. Salvador: Saraiva, 2008, p. 7.

²¹ **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed., 3. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 74.

²² CUNHA JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017, p.32.

²³ Apud ibidem, p. 33.

²⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves apud ibidem, p. 33.

limitação dos poderes do Estado. Neste modelo, os direitos fundamentais eram concebidos como direitos negativos, por isso impunham tão somente abstenções aos poderes políticos. O Estado era visto como o principal adversário dos direitos, o que justificava a sua estrita limitação, em prol da liberdade individual. Tal limitação era buscada também por meio da técnica da separação dos poderes, que visava a evitar o arbítrio e a favorecer a moderação na ação estatal²⁵.

A primeira Guerra Mundial (1914-1918) assinalou uma profunda mudança no caráter do constitucionalismo moderno ao desassociar esse movimento do liberalismo. Os partidos socialistas e cristãos impuseram às novas Constituições uma preocupação com o econômico e com o social, fazendo com que essas Cartas Políticas inserissem em seus textos direitos de cunho econômico e social²⁶.

Houve, nesse período, uma progressiva mudança nos papéis desempenhados pelo Estado, que passou a atuar mais ativamente na seara econômica e a disciplinar as relações sociais de forma mais intensa, ensejando a cristalização de um novo modelo de constitucionalismo, que foi denominado de constitucionalismo social e demandava uma atuação mais enérgica do Estado e não a sua abstenção²⁷.

As Constituições passaram, assim, a configurar um novo modelo de Estado, agora social e intervencionista, conferindo-lhe tarefas, programas e fins a serem executados através de prestações positivas oferecidas à sociedade. Ocorre, portanto, a passagem do Estado liberal para o Estado social e, conseqüentemente, a transformação da Constituição, de Constituição Garantia, Defensiva ou Liberal para Constituição Social, Dirigente, Programática ou Constitutiva²⁸.

O Estado do Bem-Estar Social, como passou a ser denominado o modelo de Estado que passou a vigorar a partir da segunda fase do constitucionalismo moderno, inaugurou uma nova forma de atuação estatal, marcada por uma conduta positiva e intervencionista do Estado.

De fato, o Estado deixou de lado a sua atuação passiva, cuja finalidade era tão somente estabelecer os direitos individuais dos cidadãos, para atuar de modo

²⁵ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed., 3. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 80.

²⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves apud op.cit., p. 34.

²⁷ SOUZA NETO e SARMENTO *ibidem*, mesma página.

²⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 34.

pró-ativo na consecução de direitos e garantias de caráter social, por meio de Constituições que passaram a assegurar direitos para a coletividade.

Com tais mudanças, o Estado incorpora funções ligadas à prestação de serviços públicos e a sua atuação passa a ser justificada também pela necessidade de promoção da igualdade material, por meio de políticas públicas redistributivas e do fornecimento de prestações materiais em áreas como saúde, educação e previdência social²⁹.

A partir do constitucionalismo social diversas constituições passaram a ser comprometidas com a justiça social, razão por que um dos principais problemas a que a teoria da Constituição passa a se dedicar é o de como converter as normas constitucionais em realidade concreta, ou seja, como conceder efetividade às normas previstas nas Constituições. Assim, a chamada “força normativa” da Constituição se torna uma questão central para o constitucionalismo do Estado Social³⁰.

Nessa linha de entendimento, Konrad Hesse desenvolveu sua teoria sobre a força normativa da Constituição, ao afirmar que as normas constitucionais são dotadas de normatividade e não expressam apenas decisões de caráter político, conforme se pensou um dia. Afirma o citado autor:

(...) a pretensão de eficácia de uma norma constitucional não se confunde com as condições de sua realização; a pretensão de eficácia associa-se a essas condições como elemento autônomo. A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas³¹.

²⁹ FORSTHOFF apud SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed., 3. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 83.

³⁰ Ibidem, p. 192.

³¹ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991, p. 15.

Hesse concebeu a interpretação constitucional como um processo de concretização, em que se deve considerar não apenas o texto constitucional, mas também a realidade sobre a qual este incide. Assim, a Constituição deve deixar certas questões “conscientemente abertas”, provendo um espaço para a “livre discussão, decisão e configuração” das forças políticas³².

Com isso, seria possível, num futuro próximo, o exercício da tarefa jurisdicional por meio da atividade interpretativa necessária à garantia da efetividade da norma constitucional sem afetar ou comprometer a separação das funções estatais.

Com efeito, consoante disciplina o professor português J. J. Gomes Canotilho³³, o princípio da separação de Poderes é um princípio constitucional concreto e se concilia com outros princípios constitucionais positivos, como os princípios da dignidade da pessoa humana, da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos fundamentais, da inafastabilidade do controle judicial, da conformidade dos atos estatais com a Constituição, entre outros.

Em relação à Constituição brasileira, que configura um Estado do Bem Estar Social tornou-se necessária uma nova compreensão a respeito do princípio da separação dos poderes, a fim de que houvesse a nítida compreensão da evolução dos papéis desenvolvidos pelos poderes do Estado, sem que isso ocasionasse uma confusão entre os Poderes.

Esse acontecimento gerou significativas transformações sociais, onde os direitos fundamentais, sobretudo os sociais, passaram a ser considerados os pilares ético-jurídico-políticos da organização do Estado, do Poder e da Sociedade, servindo de parâmetro para a interpretação dos fenômenos jurídico-constitucionais, o que se coaduna com o caráter pétreo dos seus preceitos³⁴.

Sendo assim, faz-se necessária uma nova leitura sobre o vetusto dogma da separação dos poderes, com fundamento no paradigma do novo Estado do Bem-Estar Social e Democrático de Direito, a fim de que o mesmo possibilite o atendimento das reivindicações da sociedade contemporânea, incomparavelmente mais complexa do que aquela na qual foi originalmente concebido, “para poder

³² HESSE apud SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed., 3. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 194.

³³ CANOTILHO apud CUNHA *in* **Ativismo Judicial e Concretização dos Direitos Fundamentais**.

³⁴ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Ativismo Judicial e Concretização dos Direitos Fundamentais**.

continuar servindo ao seu escopo original de garantir Direitos Fundamentais contra o arbítrio e, hoje também, a omissão estatal”³⁵.

1.3 Constitucionalismo Contemporâneo ou Neoconstitucionalismo

Após o período do constitucionalismo social que restou permeado pelo caráter prestativo e intervencionista do Estado, agigantou-se o fenômeno da *constitucionalização do Direito*, que passou a exigir uma leitura constitucional de todos os ramos da ciência jurídica. Desse movimento surgiu o constitucionalismo contemporâneo, nascido na idade contemporânea, mais especificamente na Europa pós Segunda Guerra Mundial, por meio da Constituição Alemã de 1949³⁶.

O constitucionalismo contemporâneo é entendido como o constitucionalismo do Estado Democrático de Direito³⁷ e foi denominado de neoconstitucionalismo ou o novo Direito Constitucional.

Esse período foi marcado pelo desenvolvimento do Estado constitucional de direito que tem por característica central a subordinação da legalidade a uma Constituição rígida. Assim, a validade das leis passa a depender da compatibilidade de seu conteúdo com a Constituição. A jurisprudência passa a desempenhar novos papéis, dentre os quais a ampla competência para invalidar atos legislativos ou administrativos e para interpretar as normas jurídicas à luz da Constituição³⁸.

O surgimento do neoconstitucionalismo foi marcado também pelo florescimento de um novo paradigma jusfilosófico, que foi denominado de pós-positivismo e ficou caracterizado por buscar uma religação entre o Direito e a Moral, por meio da interpretação de princípios jurídicos muito abertos, aos quais é reconhecido pleno caráter normativo³⁹.

³⁵ ANDREAS J. KRELL apud CUNHA in **Ativismo Judicial e Concretização dos Direitos Fundamentais**.

³⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 36.

³⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito**. 2 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: 2004, p. 13.

³⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. *THEMIS: Revista da ESMEC – Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará*, n. 2, v. 4, pp. 13-100, p.16, julho/dezembro, 2006.

³⁹ SOUZA NETO; SARMENTO, op. cit., p. 200-202.

Conforme lição do Prof. Luís Roberto Barroso⁴⁰, o neoconstitucionalismo identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no Direito Constitucional, que justificam esse extenso e profundo processo de constitucionalização do Direito, dentre as quais se destaca:

1) como marco histórico – a formação do Estado Constitucional de Direito; 2) como marco filosófico – o pós-positivismo e a centralidade dos direitos fundamentais; 3) como marco teórico – o conjunto de mudanças que incluem: a) a força normativa da constituição [passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico, com o seu reconhecimento como verdadeira norma jurídica, dotada de supremacia e intensa carga valorativa]; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

Na mesma linha de raciocínio segue o ensinamento dos professores Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento⁴¹, para quem “o neoconstitucionalismo envolve simultaneamente mudanças no tipo das constituições e dos correspondentes arranjos institucionais e alterações na teoria jurídica subjacente”, nos seguintes termos:

a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito; b) rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou „estilos“ mais abertos de raciocínio jurídico, como a ponderação, tópica, teorias da argumentação etc.; c) constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; d) reaproximação entre o Direito e a Moral; e e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário.

Nas palavras do Prof. Luís Roberto Barroso⁴² opós-positivismo:

⁴⁰ BARROSO apud CUNHA JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 37.

⁴¹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed., 3. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 202.

⁴² BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. *THEMIS: Revista da ESMEC – Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará*, n. 2, v. 4, pp. 13-100, p. 20, julho/dezembro, 2006.

(...) busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de idéias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia.

No Brasil, esse movimento teve início com a promulgação da Constituição Federal de 1988, também conhecida como Constituição Cidadã. O novo direito constitucional destaca-se como uma *nova teoria jurídica* a justificar a mudança de paradigma, de *Estado Legislativo de Direito*, para *Estado Constitucional de Direito*, consolidando a passagem da *Lei* e do *Princípio da Legalidade* para a periferia do sistema jurídico e o trânsito da Constituição e do Princípio da Constitucionalidade para o centro de todo o sistema, em razão do reconhecimento da *força normativa da Constituição*⁴³.

De efeito, o reconhecimento da força normativa da Constituição gerou o entendimento jurídico de que “as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, que é atributo de todas as normas jurídicas e sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado”⁴⁴.

Assim, com a implantação do Estado Constitucional de Direito opera-se uma transformação na estrutura jurídica fundamental do Estado, ocorrendo a subordinação da própria legalidade à Constituição, de modo que as condições de validade das leis e demais normas jurídicas estatais depende não só da forma de sua produção como também da compatibilidade de seus conteúdos com os princípios e regras constitucionais⁴⁵.

Nesse cenário de crise na representação política e, conseqüentemente, da democracia representativa fundada na ideia de representação popular sintetiza a

⁴³ CUNHA JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 35.

⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. *THEMIS: Revista da ESMEC – Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará*, n. 2, v. 4, pp. 13-100, p. 21, julho/dezembro, 2006.

⁴⁵ CUNHA JÚNIOR, op. cit., mesma página.

compreensão de que a lei, outrora expressão da vontade geral, tem se tornado um veículo de opressão e manifesto meio de violação dos direitos fundamentais e da Constituição.

A história e a experiência constitucional vêm demonstrando que os parlamentares, eleitos para servirem à vontade popular, ou seja, provenientes de um processo eleitoral regularmente realizado, têm prestado um desserviço à população por meio da elaboração de leis conformadas e comprometidas apenas com a vontade governamental à custa dos direitos fundamentais, que acabam sendo relegados a segundo plano⁴⁶.

Importa notar que o novo Direito Constitucional também provocou uma mudança de postura dos textos constitucionais contemporâneos, que inovaram com a incorporação explícita de *valores* (especialmente associados à promoção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais), *opções políticas gerais* (como a redução das desigualdades sociais) e *específicas* (como a obrigação de o Estado prestar serviços na área de educação e saúde)⁴⁷.

De fato, houve uma importante transformação no aspecto material e no espírito dos textos constitucionais desse período, além dos demais textos normativos que passaram a ser influenciados pelos preceitos e pela natureza deste novo movimento constitucional.

Destarte, o neoconstitucionalismo dá início ao fenômeno da *constitucionalização do Direito*, por meio do qual se exige uma leitura constitucional de todos os ramos da ciência jurídica, evidenciando a posição de proeminência dos textos constitucionais, que passam a transitar por todos os setores da vida política e social do Estado. Foi de extrema relevância para o delineamento desse novo direito constitucional, a reaproximação entre o Direito e a Ética, o Direito e a Moral, o Direito e a Justiça e demais valores substantivos, a revelar a importância do homem e a sua ascendência a filtro axiológico de todo o sistema político e jurídico⁴⁸.

De efeito, essa mudança trouxe consigo a alteração de paradigma ao levar a Constituição para o centro do sistema jurídico e transformar qualquer outro diploma normativo em documento acessório à garantia dos direitos fundamentais, o qual

⁴⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática**. 9. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 40.

⁴⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 35 e 36.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 36.

deverá restar previamente conciliado com o texto constitucional. Buscou-se, com isso, conceder a devida relevância aos preceitos constitucionais vigentes no supracitado Estado Constitucional de Direito.

CAPÍTULO II – A EFICÁCIA DA NORMA CONSTITUCIONAL E A GARANTIA DE DIREITOS

1. A Força Normativa da Constituição e a Concretização de Direitos

Conforme anuncia o Prof. Dirley da Cunha Júnior⁴⁹, todas as normas constitucionais de Constituições rígidas têm natureza de normas jurídicas, e, por isso, tem caráter imperativo, configurando uma obrigatoriedade de comportamento. As Constituições possuem, entretanto, normas de diferentes tipos e funções, motivo pelo qual algumas são dotadas de maior eficácia que outras. Não há, todavia, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, norma constitucional destituída de eficácia, todas elas irradiam efeitos jurídicos, consoante destacava Ruy Barbosa⁵⁰, para quem “não há, numa Constituição, cláusulas a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular aos seus órgãos”.

Assim, vê-se que independente de seu conteúdo, as normas constitucionais são todas dotadas de eficácia jurídica, ainda que tal requisito esteja presente mais em umas do que em outras, o que justifica a necessidade de maior ou menor interferência do legislador ordinário para a concretização de seus comandos, por meio do poder legiferante infraconstitucional.

Destarte, passou-se a reconhecer o caráter vinculativo e obrigatório da Constituição dentro do ordenamento jurídico, além de seu aspecto conformador, uma vez que ela perfilha como a Norma das Normas, ocupando o ápice do sistema normativo, de caráter supremo e observância obrigatória, com fins a viabilizar a

⁴⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática**. 9. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 24.

⁵⁰ RUY BARBOSA apud CUNHA JÚNIOR, *ibidem*, mesma página.

concretização dos direitos básicos do cidadão, conforme preceituado pela melhor doutrina, *in verbis*:

A vinculação da Constituição e de suas normas é uma realidade do constitucionalismo contemporâneo, que impõe uma „fuerza vinculante bilateral de la norma“, isto é, que vincula tanto os órgãos do Poder Político como os cidadãos. Assim, „tudo que a Constituição concede com sua imperatividade suprema (direitos individuais, poderes públicos) tem-se o direito de fazer, e tudo que a Constituição exige, tem-se o dever de cumprir“. Como Lei, e Lei Fundamental, ela é elaborada para ser aplicada, efetivada e para ser respeitada e cumprida, quer imponha uma abstenção (*non facere*) ou uma atuação (*facere*) do Estado, ou mesmo de outra pessoa. A Constituição não recomenda, mas sim ordena, e o que ela determina é para se cumprir, máxime no que se refere a condutas das quais dependa a viabilidade do exercício dos direitos fundamentais por ela declarados⁵¹.

Nesse diapasão e diante do conteúdo avançado da Constituição, uma das preocupações centrais da teoria constitucional passa a ser incrementar a sua força normativa. Isso ocorreria, não por meio de uma síntese com a realidade constitucional, mas pela via do desenvolvimento de uma “dogmática da efetividade”, centrada na atuação do Poder Judiciário. Assim, a pretensão seria conceber a Constituição como “verdadeiro Direito”, uma “Constituição para valer”, integrada por normas aptas a produzirem efeitos, o que dependeria da sua proteção judicial⁵².

Com isso, desenvolve-se em solo nacional a teoria do constitucionalismo da efetividade, que alcançou grandes méritos na trajetória do constitucionalismo brasileiro, contribuindo para que se superasse um senso comum teórico antes existente, que enxergava a Constituição como proclamação retórica e não como norma jurídica. Esta teoria investiu na efetivação da Constituição⁵³.

Dessa constatação de normatividade jurídica das normas constitucionais advém a característica mais importante de toda Constituição de caráter rígido, qual seja a supremacia em face das demais normas que compõem o ordenamento jurídico. De efeito, as normas constitucionais ocupam uma posição de superioridade

⁵¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática**. 9. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 29/30.

⁵² SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed., 3. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 198.

⁵³ *Ibidem*, p. 199.

em relação às demais normas do sistema, razão por que estas devem possuir conformação formal e material com o texto constitucional.

Vale ressaltar que o princípio da supremacia da Constituição impõe não somente essa conformação material e formal dos textos legislativos infraconstitucionais com os preceitos e diretrizes constitucionais, como também determina que o Poder Público obrigatoriamente atue quando para tanto for exigido, reforçando ainda mais o seu caráter imperativo e visando evitar a inconstitucionalidade por omissão. A supremacia constitucional e toda a ordem jurídica ficaria comprometida se as imposições constitucionais não fossem realizadas. Dessa maneira, todos os órgãos do Poder Público acham-se vinculados e obrigados a satisfazer os fins e as tarefas impostas pelo texto constitucional⁵⁴.

Assim todas as normas jurídicas caracterizam-se por serem imperativas. Em relação às normas constitucionais especificamente, a imperatividade assume essa feição peculiar de supremacia diante das demais normas do sistema jurídico. Desse modo, a supremacia da Constituição (ou sua imperatividade reforçada e superlativa) em face às demais entidades normativas advém, naturalmente, da soberania da fonte que a produziu: *o poder constituinte originário*, fato que as distingue das outras normas do ordenamento jurídico, que são postas pelos poderes constituídos⁵⁵.

Com efeito, todo ordenamento jurídico que se caracteriza pela rigidez das normas constitucionais, a Constituição se destaca e exerce papel diferenciado pela superioridade de suas disposições nos moldes dos ensinamentos do saudoso professor J. J. Gomes Canotilho⁵⁶.

Ela se destaca numa ordenação jurídica estatal como uma Lei Suprema, quer porque ela é fonte da produção normativa (*norma normarum*), quer porque lhe é reconhecido um valor normativo hierarquicamente superior que faz dela um parâmetro obrigatório de todos os atos da vida humana. A ideia de Constituição como norma reguladora da produção jurídica (*superlegalidade formal*) justifica a tendencial *rigidez* das Leis Fundamentais, traduzida na consagração, para as leis de revisão, de exigências processuais, formais e materiais, „agravadas” ou „reforçadas” relativamente às leis ordinárias. Por sua vez, a parametricidade material das normas constitucionais conduz à exigência da *conformidade substancial* de todos os atos do

⁵⁴ CUNHA JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática**. 9. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 29.

⁵⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público**. 2 ed. ver. e atual. Salvador: Saraiva, 2008, p. 52.

⁵⁶ Apud CUNHA JÚNIOR, op. cit., p. 26.

Estado e dos poderes públicos com as regras e princípios hierarquicamente superiores da Constituição (*superlegalidade material*). Da conjugação destas duas características – superlegalidade formal e superlegalidade material da Constituição – deriva o princípio fundamental da constitucionalidade dos atos normativos, que encerra a ideia de que as normas jurídicas só estarão conformes com a Constituição quando não violem o sistema formal, constitucionalmente estabelecido, da produção desses atos, e quando não contrariem, positiva ou negativamente, os parâmetros materiais plasmados nas regras ou princípios constitucionais.

Na mesma linha segue o entendimento da jurisprudência pátria⁵⁷:

A autoridade hierárquico-normativa da Constituição da República impõe-se a todos os Poderes do Estado. Nenhuma razão – nem mesmo a invocação do autogoverno da Magistratura – pode justificar o desrespeito à Constituição. Ninguém tem o direito de subordinar o texto constitucional à conveniência dos interesses de grupos, de corporações ou de classes, pois o desprezo pela Constituição faz instaurar um perigoso estado de insegurança jurídica, além de subverter, de modo inaceitável, os parâmetros que devem reger a atuação legítima das autoridades constituídas.

Essa característica de superioridade de que dispõe toda Constituição de caráter rígido provém da clássica teoria do escalonamento da ordem jurídica concebida por Hans Kelsen⁵⁸, o qual teorizou o direito como um sistema hierarquizado de normas jurídicas ao afirmar que o ordenamento jurídico não é um sistema de normas dispostas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas sim uma construção escalonada de diferentes degraus ou camadas de normas jurídicas. No ápice desse sistema encontra-se a Constituição, considerada como o fundamento supremo de validade de todas as normas jurídicas.

O constitucionalismo da efetividade se utilizou de categorias que, sobretudo no campo da teoria das normas constitucionais, passaram a servir paradoxalmente ao propósito contrário. Com efeito, as categorias “norma programática” e “norma de eficácia limitada” acabaram por se constituir em verdadeiros artifícios para a não efetivação da Constituição. Desse modo, quando se quis deixar de aplicar a

⁵⁷ ADI 2.105-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 28/04/00 apud CUNHA JÚNIOR, **Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática**. 9. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 29.

⁵⁸ Apud CUNHA JÚNIOR, *ibidem*, p. 25.

Constituição, bastou-se etiquetar a norma suscitada como programática e transferir para o legislador uma tarefa que, muitas vezes, era mesmo do Judiciário⁵⁹.

De efeito, a etiquetagem da norma como programática ou de eficácia limitada ocasionou o fenômeno da criação de preceitos constitucionais que não se auto-aplicavam, necessitando para tanto do trabalho do legislador ordinário para que produzissem seus reais efeitos. Assim, ocorrendo a omissão do legislador no momento de regulamentar algum direito fundamental constitucionalmente criado, restava ao Poder Judiciário a necessidade de maior atuação com a finalidade de afastar a omissão legislativa.

Realmente, conforme nos ensina o professor Pontes de Miranda, as normas constitucionais programáticas são dirigidas aos três poderes estatais de forma igualitária. Elas informam os parlamentos ao editar as leis, bem como a Administração e o Judiciário ao aplicá-las, de ofício ou contenciosamente. Desse modo, a legislação, a execução e a própria jurisdição ficam sujeitas a esses ditames, que são como programas dados à sua função⁶⁰.

A efetividade dos direitos fundamentais depende em grande parte da adoção de múltiplas e variadas medidas complementares, na maioria dos casos de caráter promocional, em todos os campos de ação. Sem dúvida, as normas sociais programáticas requerem uma política pertinente à satisfação dos fins positivos nela indicados⁶¹. O *Welfare State*, na origem essencialmente um Estado legislativo, vem-se transformando, cada vez mais, em Estado administrativo e burocrático⁶².

Assim, o artigo 6º da Constituição Federal de 1988 estabelece os direitos sociais, nos seguintes termos: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

O texto constitucional, bem distanciado da citada norma, traz um capítulo especial sobre a Ordem Social, fazendo com que o jurista deva extrair, de todos os âmbitos aquilo que constitua o conteúdo dos direitos relativos a cada um daqueles

⁵⁹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed., 3. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 199.

⁶⁰ Apud KRELL, Andreas J. *Realização dos Direitos Fundamentais Sociais Mediante Controle Judicial da Prestação dos Serviços Públicos Básicos (uma visão comparativa)*. **Revista de Informação Legislativa**, nº 144, ano 36, p. 239-260, outubro/dezembro, Brasília, 1999, p. 240.

⁶¹ SILVA, José Afonso da., apud *ibidem*, p. 241.

⁶² CAPPELLETTI, Mauro., apud *ibidem* p. 241.

objetos sociais, deixando para tratar de seus mecanismos e aspectos organizacionais, nos artigos 190 a 230⁶³.

Vale ressaltar que os direitos fundamentais sociais na Constituição brasileira estão longe de formarem um “grupo homogêneo” no que diz respeito a seu conteúdo e à forma de sua positivação⁶⁴. O constituinte não seguiu, na sua composição, nenhuma linha ou teoria específica, mas criou um capítulo bastante contraditório no tocante à relação interna dos direitos e garantias fundamentais.

Com efeito, a redação desses artigos tão importantes foi considerada confusa, o que acaba gerando diversas interpretações equivocadas e a necessidade de integração legislativa por meio judicial, isto é, necessidade de judicialização de casos que envolvam tais direitos.

A Constituição permite ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que os direitos fundamentais devem ser assegurados (“livre espaço de conformação”). Esse conceito condiz com a possibilidade de manter preceitos normativos abertos, para que o intérprete possa preservar a capacidade de determinação dos significados da norma. Tratando-se, portanto, da margem de liberdade que o ator jurídico possui quando na atividade interpretativa.

Desse modo, vê-se que as normas constitucionais sobre direitos fundamentais contêm, por natureza, conceitos vagos, abstratos, de textura aberta, que constituem fórmulas valorativas, as quais não podem ser interpretadas adequadamente mediante os métodos tradicionais da hermenêutica jurídica⁶⁵.

Outrossim, essa função legislativa seria degradada se entendida como mera função executiva da Constituição. Num sistema pluralista, as normas constitucionais sobre direitos fundamentais e direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações conforme as alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. A apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe principalmente aos órgãos políticos e legislativos⁶⁶.

⁶³ Ibidem, mesma página.

⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang., apud ibidem, mesma página.

⁶⁵ OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcibiades de., apud KRELL, Andreas J. *Realização dos Direitos Fundamentais Sociais Mediante Controle Judicial da Prestação dos Serviços Públicos Básicos (uma visão comparativa)*. **Revista de Informação Legislativa**, nº 144, ano 36, p. 239-260, outubro/dezembro, Brasília, 1999, p. 250.

⁶⁶ Ibidem, p. 241.

Ressalta-se que o primeiro intérprete da Constituição é o legislador, ao qual a Constituição confere uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que os direitos fundamentais sociais devem ser assegurados – essa é a liberdade de conformação.

Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional⁶⁷.

No entanto, parece necessária a revisão do vetusto dogma da “separação dos poderes” em relação à prestação dos serviços sociais básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais.

A eficácia dos direitos fundamentais sociais e as prestações materiais dependem naturalmente dos recursos públicos disponíveis; normalmente há uma delegação constitucional para o legislador concretizar o conteúdo desses direitos. Muitos autores entendem que seria ilegítima a conformação desse conteúdo pelo Poder Judiciário, por atentar contra o princípio da separação dos poderes⁶⁸.

A cada dia percebe-se, todavia, uma maior necessidade de intervenção judicial nessa seara, com fins a garantir a concretização dos direitos fundamentais aos cidadãos, uma vez que a omissão do Estado gera diversos prejuízos que o indivíduo não pode suportar, inclusive quando diz respeito à preservação do bem maior do ser humano, que é a vida.

2. As Omissões Inconstitucionais e a Intervenção do Poder Judiciário

Resta pacífico na doutrina e na jurisprudência pátrias que o desrespeito à Constituição não se limita à atuação inconstitucional, pois tão grave quanto atuar em desconformidade com o texto supremo é omitir-se em face de uma determinação

⁶⁷ KRELL, Andreas J. *Realização dos Direitos Fundamentais Sociais Mediante Controle Judicial da Prestação dos Serviços Públicos Básicos (uma visão comparativa)*. **Revista de Informação Legislativa**, nº 144, ano 36, p. 239-260, outubro/dezembro, Brasília, 1999, p. 241.

⁶⁸ *Ibidem*, mesma página.

nele contida. Assim, é tão inconstitucional uma ação normativa do Estado em face da Constituição quanto uma omissão estatal em razão de uma determinação constante nesse diploma Magno. Destarte, há omissão inconstitucional quando, devendo agir para tornar efetiva norma constitucional, o poder público permanece inerte⁶⁹.

Essa obrigatoriedade de atuação e prestação estatal se coaduna com o princípio da supremacia da Constituição que impõe uma conformação material e formal das normas infraconstitucionais com os preceitos e diretrizes constitucionais, e determina que o Poder Público obrigatoriamente atue quando para tanto for exigido, reforçando ainda mais o caráter imperativo das normas constitucionais e visando evitar a inconstitucionalidade por omissão⁷⁰.

Pois a supremacia constitucional e todo o ordenamento jurídico ficariam comprometidos se as imposições constitucionais não fossem realizadas. Dessa maneira, todos os órgãos do Poder Público acham-se vinculados e obrigados a satisfazer os fins e as tarefas impostas pela Carta Suprema⁷¹.

Em que pese a normatividade e a imperatividade incontestes do texto constitucional no ordenamento jurídico brasileiro, cede-se que o Poder Público se omite e resta inoperante em inúmeros casos de garantia dos direitos fundamentais, motivo pelo qual agigantou-se a importância e a atuação do Poder Judiciário na garantia da efetividade constitucional visando assegurar o cumprimento dos preceitos da Constituição, por meio de uma atuação criativa.

Com efeito, houve uma expansão do papel do juiz na contemporaneidade, proveniente de uma maior exigência da sociedade, que suscitou um maior dinamismo ou ativismo na efetivação dos preceitos constitucionais, em geral, e na defesa dos direitos fundamentais e valores substanciais, em especial, ultrapassando a mera e passiva inanimada atividade de pronunciar as palavras da lei, como um simples reprodutor dos dispositivos normativos⁷².

⁶⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017, p.338.

⁷⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática**. 9. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 29.

⁷¹ *Ibidem*, mesma página.

⁷² CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Interpretação Constitucional e a Criação Judicial do Direito: Contributo para a Construção de uma Doutrina da Efetividade dos Direitos Fundamentais**. In **Desafios do Constitucionalismo Brasileiro**, organizador por CUNHA JÚNIOR, Dirley; DANTAS, Miguel Calmon. Salvador: JusPODIVM, 2009, pg. 39-60.

Assim, uma das mais interessantes novidades do Brasil dos últimos anos tem sido a virtuosa ascensão institucional do Poder Judiciário. O que tem levado a população a notar a atuação expressiva dos magistrados com o objetivo de assegurar direitos. De fato, recuperadas as liberdades democráticas e as garantias da magistratura, juízes e tribunais deixaram de ser um departamento técnico especializado e passaram a desempenhar um papel político, dividindo espaço com o Poder Legislativo e com o Poder Executivo⁷³.

Tais mudanças foram possíveis em razão das novas condições sociais e econômicas, além da conscientização da população acerca do papel e das obrigações do Estado diante dos direitos fundamentais, o que tem propiciado um crescente reconhecimento do fenômeno da criação judicial do Direito, por meio de uma interpretação constitucional criativa e concretizadora, em virtude da qual os juízes e tribunais investem-se da aptidão e legitimidade para inovar a ordem jurídica efetivando diretamente os preceitos constitucionais e garantido a fruição de tais direitos pelo cidadão⁷⁴.

De efeito, com a evolução dos costumes e o crescimento do papel prestador do Estado, os Poderes estatais assumem uma maior responsabilidade na garantia dos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal, passando, cada um deles, a ter um papel importante no respeito e na preservação desses direitos. De relevante destaque nesse cenário, a atuação do Poder Judiciário que passa a protagonista no desempenho da função criativa do Direito, com fins a garantir a fruição dos mesmos pelos cidadãos.

Com efeito, todas as transformações ocorridas no contexto político-social brasileiro, acarretaram de forma efetiva a alteração dos parâmetros de relacionamento entre as instituições judiciárias e a sociedade, haja vista a maior demanda da população diante do Judiciário para a resolução de questões vinculadas às garantias dos direitos fundamentais, tendo sido necessária a estruturação das prerrogativas e a extensão dos seus poderes⁷⁵.

Não por outra razão Alf Ross⁷⁶ chega a propor uma teoria jurídica de caráter realista, na medida em que entende o Direito como um fenômeno social determinado

⁷³ LOPES, Cartejane Boguea Vieira; SOUSA, Gabriela Ferreira. **A Relação entre Força Normativa da Constituição, Constituição Dirigente e Ativismo Judicial**, 2017.

⁷⁴ Ibidem, mesma página.

⁷⁵ Ibidem, mesma página.

⁷⁶ Apud ibidem, mesma página.

pela aplicação e interpretação das normas pelo juiz. Para ele, o verdadeiro criador do Direito não é o legislador e sim o juiz ao interpretar e aplicar a norma no caso concreto.

No mesmo caminho estão os ensinamentos de Mauro Cappelletti⁷⁷, para quem a produção do Direito por obra dos juízes é denominada de “criatividade da função jurisdicional”, por meio da qual o juiz deixa de ser um mero intérprete-aplicador do direito e passa a ter um papel participativo na atividade legislativa da criação do Direito.

Essa criação judicial do Direito é proveniente da expansão e crescimento do Judiciário, bem como da nova interpretação constitucional e mostra-se como uma verdadeira revolta contra o “formalismo” que imperava nos Estados de inspiração liberal, período em que a atividade do juiz limitava-se em declarar mecanicamente o direito, valendo-se apenas dos instrumentos de lógica-dedutiva, sem envolver sua impressão ou valoração pessoal⁷⁸. Isso era natural, pois no Estado Liberal, o Direito dependia essencialmente do legislador. Já no Estado Social moderno, o Direito “não sobrevive, não se aperfeiçoa, não evolui nem se realiza sem o juiz”⁷⁹.

Assim, será a atividade interpretativa e criadora do juiz que irá garantir a concretização e a efetivação dos direitos fundamentais previstos na Constituição, mas que por alguma razão, seja por atuação ou omissão do poder público, ainda não se pôde sentir a propagação dos seus efeitos.

Conforme noticia o professor Dirley da Cunha Júnior, o regime democrático e a necessidade de defesa e realização dos direitos fundamentais – premissas básicas do Estado Democrático de Direito – têm exigido dos órgãos da justiça constitucional uma atuação mais ativa na efetivação e no desenvolvimento das normas constitucionais, máxime em face das omissões estatais lesivas a direitos fundamentais. Nesse quesito reside a melhor das justificativas da legitimidade da

⁷⁷ OLIVO, Luís Carlos Cancellier de. **Juízes Legisladores: O Controle de Constitucionalidade da Leis como Forma de Exercício do Direito Judiciário.**

⁷⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Interpretação Constitucional e a Criação Judicial do Direito: Contributo para a Construção de uma Doutrina da Efetividade dos Direitos Fundamentais.** In **Desafios do Constitucionalismo Brasileiro**, organizador por CUNHA JÚNIOR, Dirley; DANTAS, Miguel Calmon. Salvador: *JusPODIVM*, 2009, pg. 39-60.

⁷⁹ CLÈMERSON MERLIN CLÈVE apud CUNHA JÚNIOR op. cit., mesma página.

justiça constitucional e do controle judicial de constitucionalidade, como instrumento de efetivo controle das ações e omissões do poder público⁸⁰.

Com efeito, a necessidade de atuação criativa do Poder Judiciário quando da resolução das demandas sociais pela aplicabilidade e efetividade dos direitos fundamentais justifica-se nos preceitos norteadores do regime democrático, inaugurado com a Carta Cidadã de 1988, bem como na necessidade de assegurar os direitos estabelecidos na Magna Carta.

Outrossim, consoante anunciou Robert G. Neumann⁸¹ o que caracteriza a democracia não é a intervenção do povo na feitura das leis, conforme sempre se fez crer, no intuito de justificar todos os atos do Poder Legislativo, o que tornou-se apenas uma ficção, mas, sim, o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, cuja guarda e defesa incumbe ao Poder Judiciário.

Vale salientar que parte da doutrina considera que ao exercer em sua plenitude a criatividade judiciária, o Poder Judiciário estaria adentrando em área específica do Poder Legislativo, cuja função principal, segundo a teoria montesquiniana da separação dos poderes, seria a de elaborar as leis. Assim, haveria com essa atividade legislativa imprópria, um comprometimento da teoria basilar dos modernos regimes democráticos. Entretanto, há quem considere que o exercício do Direito Judiciário representa o fortalecimento de um dos poderes do Estado, justamente para permitir o funcionamento do sistema de freios e contrapesos, os *checks and balances* norte-americanos⁸².

Entre nós prevalece atualmente o entendimento de que a separação de Poderes se assenta na independência e na harmonia entre os órgãos do Poder político. Não por outra razão, o artigo 2º da Carta Constitucional de 1988 prevê que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Isso significa que nada obstante a independência orgânica que prevalece entre os Poderes, no sentido de não haver entre eles qualquer relação de subordinação ou dependência no que tange ao exercício de suas funções, a Constituição Federal instituiu um mecanismo de controle mútuo, onde há

⁸⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática**. 9. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 41.

⁸¹ Apud CUNHA JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática**. 9. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 41.

⁸² CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Ativismo Judicial e Concretização dos Direitos Fundamentais**.

“interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados”⁸³.

Esse sistema de interferências recíprocas e controles mútuos, encerrado na conhecida fórmula *checks and balances*, já havia sido apontado por Montesquieu como uma providência necessária que tornasse possível que *le pouvoir arrête le pouvoir*⁸⁴.

Ademais, observa-se que o não cumprimento pelo legislador ou pelo governo das tarefas constitucionais ligadas aos direitos fundamentais ou aos direitos sociais é suscetível de desencadear uma inconstitucionalidade por omissão. Há inércia legislativa sempre que o legislador não cumpre (ou cumpre insuficientemente) o dever constitucional de concretizar imposições constitucionais. Ele pode não agir (omissão total) ou tomar medidas insuficientes ou incompletas (omissão parcial)⁸⁵.

A consequência do não-atendimento aos preceitos constitucionais em virtude de omissão legislativa ou administrativa do Estado pode resultar numa inconstitucionalidade permanente, que leva à desestabilização política e social. Razão pela qual, é incontestável o valor político de uma decisão judicial que declara que o Estado está em mora com obrigações constitucionais econômicas, sociais e culturais; essas decisões assumem o papel de importantes veículos para canalizar as reivindicações da sociedade⁸⁶.

Com efeito, dada a inércia estatal para proceder às concretizações das normas constitucionais, asseguradoras de direitos fundamentais das mais diversas ordens, resta ao cidadão o apelo ao Poder Judiciário para ver garantido aquilo que foi previsto da Norma Suprema, tomando a decisão garantidora da efetividade dos preceitos constitucionais, um valor especial como instrumento de resolução da inatividade do Estado.

⁸³ SILVA, José Afonso da., apud CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Ativismo Judicial e Concretização dos Direitos Fundamentais.**

⁸⁴ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Ativismo Judicial e Concretização dos Direitos Fundamentais.**

⁸⁵ KRELL, Andreas J. *Realização dos Direitos Fundamentais Sociais Mediante Controle Judicial da Prestação dos Serviços Públicos Básicos (uma visão comparativa).* **Revista de Informação Legislativa**, nº 144, ano 36, p. 239-260, outubro/dezembro, Brasília, 1999, p. 251.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 252.

Sendo assim, os juízes devem controlar e exigir o cumprimento do dever do Estado de intervir ativamente na esfera social, sob pena de responsabilização estatal pela omissão⁸⁷. A atividade de interpretação e realização das normas sociais na Constituição implica, necessariamente, um alto grau de *criatividade* do juiz, o que, por si só, não o torna um “legislador”⁸⁸, mas sim um garantidor dos princípios e regras fundamentais estabelecidos na Constituição.

Nesse diapasão, exige-se um Judiciário intervencionista que realmente ouse controlar a falta de qualidade das prestações dos serviços básicos, bem como a ausência na prestação desses serviços, e exigir a implementação de políticas sociais eficientes, razão por que os julgadores têm assumido um papel interpretativo do Direito de modo criativo.

Por tais motivos, alguns doutrinadores defendem um novo tipo de Poder Judiciário e de compreensão da norma constitucional, com juízes ativistas, vinculados às diretivas e às diretrizes materiais da Constituição, voltados para a plena realização dos seus comandos. Torna-se necessária, portanto, uma mudança de paradigma na percepção da sua própria posição e função no moderno Estado Social de Direito⁸⁹.

CAPÍTULO III – CONTROLE DAS OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS

1. Instrumentos de Controle

Conforme leciona Luis Roberto Barroso, o constituinte de 1988 criou dois instrumentos para lidar com as omissões inconstitucionais: o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Atendendo, dessa forma, à

⁸⁷ CAPPELLETTI, Mauro., apud KRELL, Andreas J. *Realização dos Direitos Fundamentais Sociais Mediante Controle Judicial da Prestação dos Serviços Públicos Básicos (uma visão comparativa)*. **Revista de Informação Legislativa**, nº 144, ano 36, p. 239-260, outubro/dezembro, Brasília, 1999, p. 252.

⁸⁸ CAPPELLETTI, Mauro., apud *ibidem*, mesma página.

⁸⁹ C. Clève apud KRELL, Andreas J. *Realização dos Direitos Fundamentais Sociais Mediante Controle Judicial da Prestação dos Serviços Públicos Básicos (uma visão comparativa)*. **Revista de Informação Legislativa**, nº 144, ano 36, p. 239-260, outubro/dezembro, Brasília, 1999, p. 253.

suplica da sociedade e da doutrina por uma maior efetividade para as normas constitucionais⁹⁰.

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão é mecanismo institucional de fiscalização abstrata, de competência concentrada do Supremo Tribunal Federal e materializada em processo objetivo. Já o mandado de injunção visa controlar a omissão no caso concreto, em caráter incidental, tendo sido concebido para a defesa de direitos subjetivos constitucionais, frustrados pela inércia ilegítima do Poder Público⁹¹.

Há na doutrina, quem entenda que o Supremo Tribunal Federal, numa atitude exagerada de auto-restrição judicial, recusa-se a controlar os pressupostos constitucionais da edição de medidas provisórias pelo Governo Federal, e nega-se a criar as normas necessárias para resolver os casos concretos, no caso do mandado de injunção⁹².

Cediço que no Brasil há uma resistência ao controle judicial do mérito dos atos do Poder Público, aos quais se reserva um amplo espaço de atuação autônoma e discricionária, em que as decisões do órgão ou do agente público são insindicáveis quanto à sua conveniência e oportunidade⁹³.

Nas palavras do professor Gilmar Mendes⁹⁴:

O Mandado de Injunção tem sua concessão prevista constitucionalmente sempre que a falta de norma regulamentadora tornar inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. De tal forma, o mandado de injunção há de ter por objeto o não-cumprimento de dever constitucional de legislar que, de alguma forma, afete direitos constitucionalmente assegurados (falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à soberania e à cidadania). Omissão que tanto pode ter caráter absoluto ou total como pode materializar-se de forma parcial.

⁹⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 169.

⁹¹ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 169.

⁹² KRELL, Andreas J. *Realização dos Direitos Fundamentais Sociais Mediante Controle Judicial da Prestação dos Serviços Públicos Básicos (uma visão comparativa)*. **Revista de Informação Legislativa**, nº 144, ano 36, p. 239-260, outubro/dezembro, Brasília, 1999, p. 253.

⁹³ *Ibidem*, mesma página.

⁹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. **O Controle da Constitucionalidade no Brasil**, p. 04.

Há, ainda, no ordenamento jurídico brasileiro, com o objetivo de combater as omissões inconstitucionais do Poder Público, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, nos seguintes termos⁹⁵:

A ação direta de inconstitucionalidade por Omissão (ADO) é o instrumento destinado à aferição da inconstitucionalidade da omissão dos órgãos competentes na concretização de determinada norma constitucional, sejam eles órgãos federais ou estaduais, seja a sua atividade legislativa ou administrativa, desde que se possa, de alguma maneira, afetar a efetividade da Constituição. Assim como na Ação direta de inconstitucionalidade e na Ação Declaratória de Constitucionalidade, o parâmetro de controle da Ação direta de Inconstitucionalidade por Omissão é, exclusivamente, a Constituição vigente.

Nesse sentido, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão pode ter como objeto tanto a omissão total, absoluta, do legislador, quanto a omissão parcial, ou o cumprimento incompleto ou defeituoso de dever constitucional de legislar.

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão representa uma espécie de controle concentrado no Supremo Tribunal Federal, que visa a declarar a inconstitucionalidade de uma omissão dos Poderes Públicos em não tornar efetiva a norma constitucional. Nesse sentido, o conflito ou contrariedade que se pretende combater será entre a falta de lei ou ato normativo e a necessidade de atuação do Poder Público para viabilizar direitos previstos na Constituição, ou seja, uma inércia do Estado que não viabiliza direitos estabelecidos na Lei Maior⁹⁶.

A expansão da atividade criativa do juiz ao declarar o direito existente nos casos postos ao crivo do Judiciário permitiu a expansão do Direito Judiciário, por meio inclusive do crescimento da jurisdição constitucional.

Com efeito, a justiça constitucional é fundamental para garantir a força normativa da Constituição. Sem uma justiça constitucional que imponha seu respeito e sua efetividade, a Constituição resta ferida de morte, o que afeta a vontade soberana do povo manifestada com o exercício do Poder Constituinte. Outrossim, a legitimidade da justiça constitucional também encontra justificativa na aceitação de

⁹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. **O Controle da Constitucionalidade no Brasil**, p. 04.

⁹⁶ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 1242.

suas decisões pela opinião pública, razão por que todas as suas manifestações devem ser públicas e fundamentadas⁹⁷.

Ademais, as ações constitucionais e as ações do controle de constitucionalidade também representam a concretização da jurisdição constitucional, corolário do Estado Constitucional de Direito, marcado pela expansão e prevalência do Direito Constitucional nas mais diversas áreas de atuação jurídica, inclusive pela elevação ao mais alto patamar dos preceitos veiculados na Carta Suprema.

Não por outra razão, o professor Gilmar Mendes afirma que a Jurisdição Constitucional legitima-se democraticamente pela reflexão e argumentação produzida segundo a racionalidade própria das normas e dos procedimentos que conduzem os julgamentos⁹⁸.

1.1 Mandado de Injunção

O mandado de injunção consiste numa ação constitucional de caráter civil e de procedimento especial, que visa controlar as omissões do Poder Público e assegurar, judicialmente, a efetividade e o desfrute dos direitos fundamentais, viabilizando o exercício de um direito, uma liberdade ou uma prerrogativa prevista na Constituição Federal. Juntamente com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, visa ao combate à inefetividade das normas constitucionais⁹⁹.

É instituto que visa proteger o direito de alguém ao exercício de um direito fundamental, quando impedido de fruí-lo por falta de norma regulamentadora. Pressupõe necessariamente um direito subjetivo público. De acordo com Amaral Santos, “é um meio de engenharia constitucional, pois tem por objeto e finalidade

⁹⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática**. 9. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 45.

⁹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade e Processo de Deliberação: Legitimidade, Transparência e Segurança Jurídica nas Decisões das Cortes Supremas**.

⁹⁹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 180.

preencher vazios normativos do ordenamento jurídico, mediante a atuação jurisdicional, num caso concreto¹⁰⁰.”

O artigo 5.º, inciso LXXI, da Constituição Federal estabelece, que “*conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania*”. O Supremo Tribunal Federal decidiu de forma unânime pela auto-aplicabilidade do mandado de injunção, independentemente de edição de lei regulamentando-o, em face do artigo 5.º, § 1.º, da Constituição Federal, que determina que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata¹⁰¹.

Consoante sua clara definição constitucional, *configura ação especial de controle concreto ou incidental de constitucionalidade das omissões do poder público, quando a inércia estatal inviabiliza o desfrute de algum direito fundamental*. Por esta razão, resta condicionado à existência de uma *relação de causalidade* entre a omissão do poder público e a impossibilidade do gozo de um direito fundamental¹⁰².

Em relação à sua origem, alguns autores apontam o direito anglo-americano como fonte de inspiração para a criação do nosso mandado de injunção. Para José Afonso da Silva, o novo instituto nasceu no século XIV, na Inglaterra, como remédio da *equity*, tendo surgido “do juízo de equidade, ou seja, é um remédio outorgado mediante um juízo discricionário, quando falta norma legal (*statutes*) regulando a espécie, e quando a *common law* não oferece proteção suficiente. No entanto, conclui o renomado professor que a fonte mais próxima do mandado de injunção é o *writ of injunction* do direito norte-americano, que serviu de inspiração para o próprio nome do citado remédio constitucional brasileiro¹⁰³.”

De acordo com o entendimento de Aricê Moacyr Amaral Santos¹⁰⁴, tanto o mandado de injunção quanto a ação direta de inconstitucionalidade por omissão “cuidam de um assunto comum: inércia de norma constitucional, decorrente de

¹⁰⁰ SILVA, Jacqueline Maria Cavalcante da. *O Mandado de Injunção como Instrumento de Efetividade de Direito Constitucional*. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, nº 12, p. 33-54, julho/dezembro, 2008, p. 35.

¹⁰¹ MORAES, *ibidem*, mesma página.

¹⁰² MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 631.

¹⁰³ CUNHA JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 754.

¹⁰⁴ Apud MORAES, *op.cit.* p. 180.

omissão normativa", concluindo ainda que "a questão da inércia constitucional não constitui fenômeno caboclo, pois atinge fronteiras as mais distantes".

Humberto Theodoro Júnior¹⁰⁵ entende que no Brasil houve uma evolução do instituto, em relação aos países de onde supostamente teve origem, por não se limitar a declarar a existência da "inconstitucionalidade por omissão" e comunicar tal ocorrência ao Legislativo, mas também ter a finalidade de tutelar concretamente o direito do destinatário da garantia constitucional não regulamentada, aduzindo que:

O mandado de injunção se presta à realização do elemento social do Estado Democrático de Direito, impedindo que a falta de regulamentação permitisse o esvaziamento dos direitos fundamentais, ou que consistissem apenas no direito ideal/formal de liberdade, e não na realização da igualdade real/material.

Outrossim, cabe ressaltar que as normas constitucionais que permitem o ajuizamento do mandado de injunção assemelham-se àquelas que ensejam a proposição da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e não decorrem de todas as espécies de omissões do Poder Público, mas tão somente em relação às normas constitucionais de eficácia limitada de princípio institutivo e de caráter impositivo, além das normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade, por dependerem de atuação normativa posterior para garantir sua aplicabilidade¹⁰⁶.

Desse modo, vê-se que para a fundamentação do ajuizamento do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão sempre haverá a necessidade de lacunas na estrutura normativa, que necessitem ser supridas através de leis ou atos normativos¹⁰⁷.

Assim, o mandado de injunção refere-se tão somente à omissão de regulamentação da norma constitucional, abordando a irregularidade normativa de modo concreto, por meio de um processo de caráter incidental, diferentemente do que acontece com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Ao se manifestar sobre a matéria, José da Silva Pacheco¹⁰⁸ registra algumas orientações, considerando a mais completa e satisfatória, dentro daquilo que se

¹⁰⁵ SILVA, Jacqueline Maria Cavalcante da. *O Mandado de Injunção como Instrumento de Efetividade de Direito Constitucional*. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, nº 12, p. 33-54, julho/dezembro, 2008, p. 37.

¹⁰⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 180.

¹⁰⁷ Ibidem, mesma página.

¹⁰⁸ Apud MORAES, ibidem, p. 184.

objetiva com o mandado de injunção, a que vê este remédio constitucional como instrumento capaz de obter do juiz a decisão, *in concreto*, no sentido de proteger o direito reclamado, levando em conta os fins sociais, as exigências do bem comum e os princípios constitucionais e gerais do direito. De igual modo, leva em consideração a hipótese que enseja que o órgão competente, que não se resume no Legislativo, baixe a norma em certo prazo, ciente de que, se não o fizer, o juiz resolverá o caso concreto submetido à sua apreciação.

Ao discorrer sobre as perspectivas do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão no direito brasileiro, J.J. Gomes Canotilho fez a seguinte observação:

Resta perguntar como o mandado de injunção ou a ação constitucional de defesa perante omissões normativas é um passo significativo no contexto da jurisdição constitucional das liberdades. Se um mandado de injunção puder, mesmo modestamente, limitar a arrogante discricionariedade dos órgãos normativos, que ficam calados quando a sua obrigação jurídico-constitucional era vazar em moldes normativos regras atuativas de direitos e liberdades constitucionais; se, por outro lado, através de uma vigilância judicial que não extravase da função judicial, se conseguir chegar a uma proteção jurídica sem lacunas; se, através de pressões jurídicas e políticas, se começar a destruir o 'rochedo de bronze' da incensurabilidade do silêncio, então o mandado de injunção logrará os seus objetivos¹⁰⁹.

Há na doutrina pátria quem veja esse *writ* como uma garantia constitucional não só dos direitos fundamentais contidos no artigo 5º da Constituição Federal, mas, também, daqueles decorrentes de princípios e dos direitos sociais, consoante nos mostra Ivo Dantas¹¹⁰:

(...) o mandado de injunção – ao contrário do que alguns pensam – não é direito individual, mas sim, uma Garantia ou Remédio Constitucional, através do qual se tenta obter o exercício dos direitos e liberdades constitucionais, entendidos estes não apenas os que estão enumerados no artigo 5º, mas, igualmente, os dos artigos 6º e 7º da Constituição, além de “outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a

¹⁰⁹ CANOTILHO, apud MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 180.

¹¹⁰ SILVA, Jacqueline Maria Cavalcante da. *O Mandado de Injunção como Instrumento de Efetividade de Direito Constitucional*. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, nº 12, p. 33-54, julho/dezembro, 2008, p. 42.

República Federativa do Brasil seja parte”, conforme preceitua o § 2º do art. 5º.

Destarte, impende frisar que parte da doutrina entende que sendo o mandado de injunção instrumento destinado a suprir a omissão do legislador quanto ao efetivo exercício de direitos constitucionais, cabe ao juiz, diante do caso concreto, proferir a decisão que possibilite o exercício do direito subjetivo em discussão. De acordo com J.J. Calmon de Passos, essa decisão judicial, além do dispositivo acerca do caso concreto, deve dispor com vistas à resolução de casos semelhantes¹¹¹.

Há que se destacar que o mandado de injunção poderá ser ajuizado por qualquer pessoa cujo exercício de um direito, liberdade ou prerrogativa constitucional esteja sendo inviabilizado em virtude da falta de norma reguladora da Constituição Federal. Outrossim, o sujeito passivo será somente a pessoa estatal, uma vez que no pólo passivo da relação processual instaurada com o ajuizamento do mandado de injunção só aquelas podem estar presentes, pois somente aos entes estatais pode ser imputável o dever jurídico de emanção de provimentos normativos¹¹².

1.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

Conforme noticia Nathalia Masson¹¹³, a violação à Constituição pode resultar de uma atuação estatal, hipótese em que a inconstitucionalidade deriva de um comportamento ativo (de um *facere*) do Poder Público, seja por fazer o que o texto constitucional não lhe autoriza ou por editar normas em dissonância, no aspecto formal ou material, com o disposto na Carta Magna. Esse comportamento estatal, consubstanciado num fazer, gera a inconstitucionalidade por ação.

¹¹¹ SILVA, Jacqueline Maria Cavalcante da. *O Mandado de Injunção como Instrumento de Efetividade de Direito Constitucional*. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, nº 12, p. 33-54, julho/dezembro, 2008, p. 42.

¹¹² MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 180.

¹¹³ MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 5. ed. ver. ampl. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 1235.

Outrossim, a inércia estatal em adotar as medidas necessárias à concretização das diretrizes constitucionais e dos direitos fundamentais, permanecendo insensível diante do dever de cumprir as determinações que a Constituição impõe, provoca a inequívoca violação negativa do texto constitucional. Deste não fazer estatal origina-se a inconstitucionalidade por omissão¹¹⁴.

Assim sendo, observa-se que a inconstitucionalidade no sistema jurídico brasileiro não se restringe a atuação dos órgãos públicos. Conforme dito alhures, tão grave quanto atuar em desconformidade com o texto constitucional é se omitir em face de uma determinação nele contida. Assim, é tão inconstitucional uma ação normativa estatal em contraste com a Constituição, como uma omissão indevida em face desse mesmo diploma. Desse modo, há omissão inconstitucional quando devendo agir, para tornar efetiva norma constitucional, o poder público queda-se inerte¹¹⁵.

A inconstitucionalidade por omissão ocorre sempre que a Constituição determina que o poder público tenha uma conduta positiva, com a finalidade de garantir a aplicabilidade e eficácia da norma constitucional, mas ele se omite, tendo uma conduta negativa. A incompatibilidade entre a conduta positiva exigida pela Constituição e a conduta negativa do poder público omissor, configura a chamada inconstitucionalidade por omissão¹¹⁶.

Com efeito, nas palavras do saudoso professor J.J. Gomes Canotilho¹¹⁷:

a omissão legislativa (e ampliamos o conceito também para a administrativa) só é autônoma e juridicamente relevante quando se conexas com uma exigência constitucional de ação, não bastando o simples dever geral de legislador para dar fundamento a uma omissão constitucional. Um dever jurídico-constitucional de ação existirá quando as normas constitucionais tiverem a natureza de imposições concretamente impositivas.

Nesse diapasão, a Constituição Federal dispõe em seu artigo 103, §2º, sobre o instrumento criado para resolver, em sede abstrata, o grave problema da

¹¹⁴ MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 5. ed. ver. ampl. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 1235.

¹¹⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 338.

¹¹⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 632.

¹¹⁷ Apud MORAES, ibidem, mesma página.

inatividade do poder público, qual seja, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão¹¹⁸, *in verbis*:

Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

Ressalte-se que o objetivo pretendido pelo constituinte de 1988 com a previsão da ação direta de inconstitucionalidade por omissão foi conceder plena eficácia às normas constitucionais, que dependessem de complementação infraconstitucional. Cumprindo, do mesmo modo, com a previsão de aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais, que a própria Magna Carta estabelece em seu artigo 5º, § 1º. Assim, tem cabimento a presente ação, quando o poder público se abstém de um dever que a Constituição lhe atribuiu¹¹⁹.

Destarte, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão deve, então, ser compreendida como um efetivo instrumento de controle concentrado-principal das omissões do poder público, destinado a suprir, de forma geral e abstrata, a inércia inconstitucional dos órgãos públicos, que permanece em débito na realização das imposições constitucionais¹²⁰.

Assim sendo, destaca-se que com essa ação de controle abstrato das omissões do poder público, o constituinte quis superar o estado de inconstitucionalidade decorrente da inércia do Estado em favor de uma maior supremacia e efetividade da Constituição¹²¹.

Esta omissão poderá ser total ou parcial, como afirma Gilmar Ferreira Mendes¹²², pois “a total ausência de normas, como também a omissão parcial, na hipótese de cumprimento imperfeito ou insatisfatório de dever constitucional de legislar” também configura inconstitucionalidade por omissão. Assim, o que se pretende é preencher as lacunas inconstitucionais, para que todas as normas constitucionais obtenham eficácia plena.

¹¹⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 338.

¹¹⁹ MORAES, op. cit., p. 631.

¹²⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 339.

¹²¹ CUNHA JÚNIOR, *ibidem*, mesma página.

¹²² Apud MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 632.

Conforme nos ensina o professor Alexandre de Moraes, para combater esta omissão, denominada doutrinariamente de síndrome de inefetividade por acarretar a inaplicabilidade de algumas normas constitucionais, a Constituição Federal criou a ação direta de inconstitucionalidade por omissão¹²³.

Ademais, consoante dito anteriormente, tanto o mandado de injunção quanto a ação direta de inconstitucionalidade por omissão "cuidam de um assunto comum: inércia de norma constitucional, decorrente de omissão normativa", bem como que "a questão da inércia constitucional não constitui fenômeno caboclo, pois atinge fronteiras as mais distantes"¹²⁴.

CAPÍTULO IV – ATIVISMO JUDICIAL

1. Ativismo Judicial e suas Limitações Constitucionais

Para Luis Roberto Barroso¹²⁵, o Ativismo Judicial surgiu com a Suprema Corte dos Estados Unidos da América quando da decisão sobre segregação racial. Afirma o citado autor, que a atuação criativa do juiz possibilita uma participação mais ativa e concretizadora do Poder Judiciário, com fins a garantir a preservação e fruição dos direitos fundamentais pelos cidadãos, consoante se observa da sua definição de ativismo judicial, *in litteris*:

Ativismo judicial é uma expressão cunhada nos Estados Unidos e que foi empregada, sobretudo, como rótulo para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos em que foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. Ao longo desse período, ocorreu uma revolução profunda e silenciosa em relação a inúmeras práticas políticas nos Estados Unidos, conduzida por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais. (...) Todavia, depurada dessa crítica ideológica – até porque pode ser progressista ou conservadora – a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos

¹²³ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 632.

¹²⁴ SANTOS, Aricê Moacyr Amaral., apud MORAES, p. 180.

¹²⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo**, 2010.

valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.

Conforme explica Bruno Colodetti, não se pode negar que os juízes criam normas ao aplicarem as regras processuais superiores, exercendo, desse modo, sua atividade judicial de modo criativo, no sentido de possibilitar a concretização dos preceitos normativos, tornando verdadeiramente eficaz os eventos descritos nas regras jurídicas de conduta e resolvendo as demandas postas sob o crivo do Poder Judiciário¹²⁶. Isso porque:

Aplicar uma norma significa criar uma outra norma. O direito se cria conforme o próprio direito, por isso todo ato de criação do direito é, também, um ato de aplicação do direito, com exceção dos casos extremos de criação da Constituição e do ato de execução¹²⁷.

Cabe salientar, pela importância de sua obra que Boaventura de Sousa Santos¹²⁸ aduz que o ativismo judicial, no contexto português ou mesmo europeu, decorre do fenômeno de judicialização da política. Segundo ele:

A judicialização da política está a conduzir à politização da justiça. Esta consiste num tipo de questionamento da justiça que põe em causa, não só a sua funcionalidade, como também a sua credibilidade, ao atribuir-lhe designios que violam as regras da separação dos poderes dos órgãos de soberania. A politização da justiça coloca o sistema judicial numa situação de stress institucional que, dependendo da forma como o gerir, tanto pode revelar dramaticamente a sua fraqueza como a sua força. É cedo para saber qual dos dois resultados prevalecerá, mas não restam dúvidas sobre qual o resultado que melhor servirá a credibilidade das instituições e a consolidação da nossa democracia: que o sistema judicial revele a sua força e não a sua fraqueza. Revelará a sua força se actuar celeremente, se mostrar ao país que, mesmo em situações de stress, consegue agir segundo os melhores critérios técnicos e as melhores práticas de prudência e consegue neutralizar quaisquer tentativas de pressão ou manipulação.

Ressalte-se que a politização do judiciário ocorre a partir da existência do ativismo judicial como manifestação inerente à natureza política do Judiciário Contemporâneo, que preza pela correta garantia dos direitos constitucionais aos

¹²⁶ COLODETTI, Bruno. **O Processo Jurisdicional e a Produção da Norma Jurídica Concreta: A Atividade Criativa do Juiz na Realização dos Direitos**. 2010. p. 106.

¹²⁷ IVO, Gabriel., apud COLODETTI, Bruno., *ibidem*, mesma página.

¹²⁸ Apud LOPES, Cartejane Bogeia Vieira; SOUSA, Gabriela Ferreira. **A Relação entre Força Normativa da Constituição, Constituição Dirigente e Ativismo Judicial**, 2017.

cidadãos, conforme expresso na Constituição Federal de 1988 e materializado, consoante entendimento de Arantes¹²⁹, na prerrogativa do controle de constitucionalidade.

De acordo com os ensinamentos do professor Andrei Koerner¹³⁰, o fenômeno do ativismo judicial tem sido utilizado para apreciar as instituições e agentes judiciais nas democracias contemporâneas. O termo tem distintas designações, conforme faz uso a vasta doutrina e jurisprudência pátrias, seja como modelo ou programa para a decisão judicial, seja como atitude ou comportamento dos juízes, ou ainda tendência das decisões judiciais em conjunto.

Segue ainda, o supracitado autor, afirmando que tal como o seu oposto, a contenção judicial, o ativismo judicial tem sido criticado pela ambiguidade de seu significado, o que gera dificuldade de utilização para analisar e classificar decisões particulares e sua carga valorativa. As controvérsias sobre sua utilidade foram acompanhadas de tentativas de teorização e refinamento conceitual em diversas disciplinas¹³¹.

Vale salientar, todavia, que o fenômeno do ativismo judicial vem crescendo de maneira considerável, tomando proporções nunca antes imaginada, pois ressalta o caráter perceptivo e criativo do Poder Judiciário, como instância de extrema relevância para a preservação e garantia dos preceitos estabelecidos na Constituição, bem assim como Poder capaz de exercer com destaque o conteúdo jurídico constante do sistema de freios e contrapesos idealizado por Montesquieu.

Outrossim, cabe frisar, que o caráter polêmico do termo “ativismo judicial” não impediu o seu vasto uso. Ao contrário, ele é crescentemente usado desde a sua origem nos Estados Unidos após a Segunda Guerra Mundial. Tendo sido incorporado ao debate brasileiro após a Carta Cidadã de 1988, inicialmente como parte da problemática da judicialização da política e mais recentemente nas discussões jurídicas sobre o Supremo Tribunal Federal. Em ambos os países, é usado em sentido crítico ou elogioso, a partir de diversos marcos intelectuais e posições políticas¹³².

¹²⁹ Apud LOPES, Cartejane Boguea Vieira; SOUSA, Gabriela Ferreira. **A Relação entre Força Normativa da Constituição, Constituição Dirigente e Ativismo Judicial**, 2017.

¹³⁰ KOERNER, Andrei. **Ativismo Judicial? Jurisprudência Constitucional e Política no STF – pós 88**. Dossiê: 25 Anos da Constituição de 1988. Novos Estudos – CEBRAP, 96, julho, 2013. p. 69.

¹³¹ Ibidem, mesma página.

¹³² KOERNER, Andrei. **Ativismo Judicial? Jurisprudência Constitucional e Política no STF pós-88**. Dossiê: 25 Anos da Constituição de 1988. Novos Estudos – CEBRAP, 96, julho, 2013. p. 70.

A constatação do judiciário como efetivo poder político está relacionada a sua capacidade de controlar os atos normativos dos demais poderes, algo presente na Constituição Brasileira, que reforça a sua prerrogativa de exercer o conteúdo jurídico existente no sistema de freios e contrapesos montesquieniano, conforme dito anteriormente. Isso ocorre através dos vários institutos ou funções típicas, elencados de forma expressa:

Tais prerrogativas colocam o Judiciário em condição de igualdade com os outros poderes, especificamente na esfera mais importante do sistema político, o processo decisório de estabelecimento de normas capazes de impor direcionamentos tanto na esfera do mundo político quanto social. Esse mecanismo é inclusive apreciado no princípio da inafastabilidade de prestação jurisdicional, em inglês *judicial review*¹³³.

Consoante aduz a doutrina, o termo ativismo judicial foi utilizado pela primeira vez em 1947 por Arthur Schlesinger, num artigo de revista, e, desde então, seu uso vem crescendo. Kmiec¹³⁴ mostrou que o número de ocorrências do termo em decisões judiciais nos Estados Unidos passou de poucas unidades nas décadas de 1950 e 1960 à ordem de centenas nas décadas seguintes.

No Brasil, impende destacar que o termo é utilizado para apreciar decisões do Supremo Tribunal Federal que serviram para ampliar o alcance e o impacto da jurisdição constitucional e se distanciar de suas formas consagradas de atuação.

O debate sobre o ativismo judicial tem como foco a autonomia dos agentes judiciais no processo de tomada de decisão, com intuito, repita-se, de garantir a concretização dos direitos fundamentais, no espaço aberto entre os dados jurídicos e fáticos de uma situação sob julgamento e a construção do caso para a decisão¹³⁵.

Assim, a decisão judicial seria determinada de forma única pela interpretação da norma geral. Sempre com a finalidade de pôr em debate as hipóteses de violações de direitos, seja pela ação ou omissão estatal. Outrossim, o debate sobre o ativismo incorpora essa discussão e a coloca sob o prisma do papel desempenhado pelo Poder Judiciário, o modelo de decisão e o comportamento ou atitude do juiz apropriados à ordem constitucional e democrática contemporâneos.

¹³³ LOPES, Cartejane Boguea Vieira; SOUSA, Gabriela Ferreira. **A Relação entre Força Normativa da Constituição, Constituição Dirigente e Ativismo Judicial**, 2017.

¹³⁴ Apud KOERNER, op. cit., mesma página.

¹³⁵ KOERNER, Andrei. **Ativismo Judicial? Jurisprudência Constitucional e Política no STF pós-88**. Dossiê: 25 Anos da Constituição de 1988. Novos Estudos – CEBRAP, 96, julho, 2013. p. 71.

Ademais, o ativismo judicial indica uma situação-limite entre dois mundos distintos, o da política e o do direito. Parte da doutrina defende que ao ultrapassar essas fronteiras e ingressar num domínio que não lhe é próprio, o agente judicial produziria riscos, extrapolaria suas funções e se distanciaria de seus quadros de referência, para atuar sob o efeito de influências indesejáveis, como valores subjetivos, preferências, interesses e programas políticos¹³⁶.

Desse modo, o problema normativo seria a inadequação do ativismo judicial com a Constituição e a democracia. De fato, o ativismo seria contrário à Constituição e ao direito, pois representaria a descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão sobre as funções constitucionalmente atribuídas a outros poderes do Estado. Os juízes passariam a fazer lei e não mais a interpretá-la, violariam a separação dos poderes e a delegação constitucional que receberam, sem serem responsáveis perante os representados e, ainda, provocariam a mudança da Constituição sem a alteração do seu texto¹³⁷.

Em razão das prerrogativas constitucionais relacionadas à existência de três poderes, delegadas de maneira uma pela vontade soberana do povo no momento da construção da Carta Magna, o Poder Judiciário tem a legitimidade de decidir sobre questões, antes localizadas exclusivamente no âmbito das atribuições do Poder Executivo ou do Poder Legislativo, isso devido à inovação da doutrina dos *freios e contrapesos*, que consiste “na interferência que cada poder realiza no outro tendo em vista um equilíbrio necessário ao bem comum”¹³⁸.

Com efeito, essa capacidade para decidir sobre assuntos antes da competência apenas dos Poderes Executivo e Legislativo se desenvolve em razão da inércia desses Poderes à implementação das previsões constitucionais e caracteriza o exercício do sistema de controle mútuo entre os Poderes. Cabe destacar que esse controle poderá ser exercido de modo difuso ou abstrato.

No Brasil, o controle de constitucionalidade acompanha a tendência que se desenrola após a Segunda Guerra Mundial, no qual o controle das normas não mais será feito por qualquer órgão judicial, como nos EUA, à medida que são implantados no países europeus o modelo austríaco, influenciado por Hans Kelsen, onde o

¹³⁶ KOERNER, Andrei. **Ativismo Judicial? Jurisprudência Constitucional e Política no STF pós-88**. Dossiê: 25 Anos da Constituição de 1988. Novos Estudos – CEBRAP, 96, julho, 2013, p. 72.

¹³⁷ Ibidem, mesma página.

¹³⁸ EISENBERG apud LOPES, Cartejane Boguea Vieira; SOUSA, Gabriela Ferreira. **A Relação entre Força Normativa da Constituição, Constituição Dirigente e Ativismo Judicial**, 2017.

controle das leis e das normas será efetuado por um tribunal especial, chamado de Corte Constitucional¹³⁹.

Segundo Arantes¹⁴⁰, ocorreram várias mudanças no Estado brasileiro a ponto de transformar nosso sistema de controle constitucional em um sistema *híbrido*, já que marcado pelo exercício do controle da constitucionalidade das leis e atos do poder público através do Supremo Tribunal Federal para o controle das leis – podendo este Tribunal ser considerado uma Corte Constitucional – e também, em razão desse órgão não ter o monopólio do controle de constitucionalidade, essa tarefa é dividida com os juízes e com os tribunais inferiores de todo o país, é o controle difuso de constitucionalidade.

De acordo com os ensinamentos de José Afonso da Silva¹⁴¹, o controle de constitucionalidade serve para combater a inconstitucionalidade, mediante ação ou omissão do Estado, por meio da supremacia constitucional. Segundo o autor existem três sistemas de controle de constitucionalidade: o político, o jurisdicional e o misto. No Brasil, prevalece o sistema jurisdicional que é a “faculdade que as constituições outorgam ao Poder Judiciário de declarar a inconstitucionalidade de lei e de outros atos do Poder Público que contrariem, formal ou materialmente, preceitos ou princípios constitucionais”.

Cabe destacar o conceito de Constituição como Lei Fundamental, mostrando mais uma vez que a supremacia da Constituição depende da existência de uma hierarquia entre as normas, reforçando o poder normativo e criador do Estado de Direito que se coaduna com a perspectiva concretizadora da atividade criadora do Judiciário. Conforme Coelho, a partir da leitura de Hesse¹⁴²:

Vista assim, em correta perspectiva jurídico-normativa, a Constituição, por sua essência conformadora da realidade social, converte-se, também ela, num autêntico *fator real de poder*, na medida em que, vigente e eficaz, interage com os demais fatos sociais, sobre eles influenciando e deles recebendo influência, dentro do processo dialético de ação recíproca entre infra-estrutura e a superestrutura, que é próprio das sociedades humanas.

¹³⁹ LOPES, Cartejane Bogea Vieira; SOUSA, Gabriela Ferreira. **A Relação entre Força Normativa da Constituição, Constituição Dirigente e Ativismo Judicial**, 2017.

¹⁴⁰ Apud ibidem, mesma página.

¹⁴¹ Apud ibidem, mesma página.

¹⁴² LOPES, Cartejane Bogea Vieira; SOUSA, Gabriela Ferreira. **A Relação entre Força Normativa da Constituição, Constituição Dirigente e Ativismo Judicial**, 2017.

Nesses termos, o ativismo seria um desdobramento do dever dos juízes de não só interpretar a Constituição, mas também torná-la efetiva, e uma necessidade objetiva decorrente da chamada inoperância dos outros poderes e a omissão patológica do Poder Legislativo. De outra perspectiva, afirma-se que o problema normativo se coloca em novos termos porque o próprio parâmetro tornou-se inadequado¹⁴³.

Destarte, é possível observar que o ativismo judicial está intimamente ligado com a garantia da efetividade dos preceitos constitucionais e, por isso, também permeia a atividade interpretativa e criativa dos membros do Poder Judiciário. Assim, o ativismo se caracteriza como uma escolha de interpretar a Constituição de modo a expandir seu sentido e alcance. Ou seria fenômeno em que, diante de necessidades novas criadas pela insuficiência, a inadequação da lei e a inoperância dos outros poderes do Estado, o intérprete se coloca como protagonista¹⁴⁴.

Aqueles que defendem a atuação ativista do Poder Judiciário, o valoriza como instância formada por homens experimentados e prudentes que teriam o papel de limitar os poderes de representantes eleitos e preservar a Constituição. Os juízes seriam uma espécie de oráculo que forneceria as referências simbólicas para a preservação da identidade nacional. Outros argumentam que a maioria das decisões consideradas ativistas são aceitas pela sociedade e, se a Corte adotar a estrita deferência aos demais poderes, manteria em vigor leis que violam a Constituição¹⁴⁵.

Há que se ressaltar, outrossim, que também a atividade interpretativa e criativa dos juízes possui limites. Cappelletti¹⁴⁶ sustenta que na tarefa de criar a lei o juiz não detém total liberdade para a interpretação, tendo em vista que o próprio sistema jurídico estabelece certos limites à liberdade judicial, que tanto podem ser limites processuais quanto substanciais. Não há oposição entre as duas atividades, já que o processo de criação ocorre em função da necessidade de preencher as lacunas resultantes do processo Legislativo, o que é feito através da interpretação. A questão está no grau de criatividade, modos, limites e aceitabilidade da criação.

¹⁴³ KOERNER, Andrei. **Ativismo Judicial? Jurisprudência Constitucional e Política no STF pós-88**. Dossiê: 25 Anos da Constituição de 1988. Novos Estudos – CEBRAP, 96, julho, 2013. p. 72.

¹⁴⁴ MIARELLI e LIMA apud ibidem, p. 73.

¹⁴⁵ KOERNER, Andrei. **Ativismo Judicial? Jurisprudência Constitucional e Política no STF pós-88**. Dossiê: 25 Anos da Constituição de 1988. Novos Estudos – CEBRAP, 96, julho, 2013. p. 74.

¹⁴⁶ OLIVO, Luís Carlos Cancellier de. **Juízes Legisladores: O Controle de Constitucionalidade da Lei como Forma de Exercício do Direito Judiciário**.

Continua aduzindo o supracitado autor, que o grau de criatividade é maior quando a decisão do juiz está baseada na equidade, oportunidade em que ele leva em consideração outros casos postos ao crivo do Judiciário, em relação ao qual não há norma clara e objetiva que trate do assunto, e menor quando julga e interpreta argumentando em alguma lei ou precedente. Em ambos os casos, todavia, a atividade do juiz se assemelha a do legislador, tendo em vista que este também não é totalmente livre, pois tem na Constituição ou nas decisões judiciais a limitação de sua liberdade¹⁴⁷.

Destarte, consoante restou assentado, o que caracteriza a democracia não é a intervenção do povo na feitura das leis, conforme sempre se fez crer, a fim de justificar todos os atos do Poder Legislativo, mas, sim, o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, cuja guarda e defesa incumbe ao Poder Judiciário¹⁴⁸.

Nessa linha, conforme observa a melhor doutrina, a atividade interpretativa deve vincular o juiz de alguma forma à lei, ao precedente ou à equidade. Esta vinculação, entretanto, não é absoluta, pois o juiz tem a necessidade de ser livre, ou seja, de possuir o livre convencimento motivado, consoante garantido por lei. O fenômeno da expansão do Direito Legislativo constitui uma das principais causas da expansão, no mundo moderno, do Direito Judiciário, ou jurisprudencial, do poder criativo dos juízes¹⁴⁹.

Com efeito, a interpretação judiciária, segundo Morton White¹⁵⁰, é um fenômeno do século XX, acentuado pela “revolta contra o formalismo”, que se contrapunha, nos Estados Unidos da América, à análise de casos; na França, ao positivismo jurídico; e na Alemanha, ao formalismo científico e conceitual. De modo geral, o referido acontecimento foi uma reação ao mecanicismo, à lógica e ao juiz como “inanimada boca da lei”, de Montesquieu, conceito totalmente ultrapassado.

As expectativas e reivindicações de novos movimentos e grupos sociais para a garantia dos direitos aumentaram a “visibilidade social e política” do Poder Judiciário, que se transformou cada vez mais num “espaço de confronto e

¹⁴⁷ OLIVO, Luís Carlos Cancellier de. **Juízes Legisladores: O Controle de Constitucionalidade da Lei como Forma de Exercício do Direito Judiciário.**

¹⁴⁸ NEUMANN, Robert G. apud CUNHA JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática.** 9. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 41.

¹⁴⁹ OLIVO, Luís Carlos Cancellier de. **Juízes Legisladores: O Controle de Constitucionalidade da Lei como Forma de Exercício do Direito Judiciário.**

¹⁵⁰ Apud *ibidem*, mesma página.

negociação de interesses”. Assim, a concretização desses direitos sociais exige alterações das funções clássicas dos juízes que se tornam co-responsáveis pelas políticas dos outros poderes estatais, tendo que orientar a sua atuação para possibilitar a realização de projetos de mudança social, o que leva à ruptura com o modelo jurídico subjacente ao positivismo e a separação do Direito da Política¹⁵¹.

Nesses termos, a questão hermenêutica dos direitos fundamentais deixa de ser um problema de correta subsunção do fato à norma para se tornar um problema de conformação política dos fatos, isto é, de sua transformação conforme um projeto ideológico. O Judiciário não quer assumir o papel de arquiteto social e ser responsabilizado por possíveis problemas financeiros que possam surgir no país¹⁵².

Conforme nos ensina José Afonso da Silva, a eficácia das normas programáticas sobre direitos sociais constitucionais é sobretudo interpretativa, como orientação axiológica para a compreensão do sistema jurídico nacional. Ele lamenta que nem a doutrina nem a jurisprudência tenham percebido o seu alcance, nem lhes dado aplicação adequada, como princípios-condição da justiça social. Vale ressaltar que os direitos fundamentais atuam sobre as relações jurídicas diante dos poderes públicos e sobre as relações jurídicas dos cidadãos entre si. Sendo assim, os valores assentados nos direitos fundamentais são capazes de impregnar toda a ordem jurídica¹⁵³.

Impende frisar que essa compreensão jurídico-objetiva também é de fundamental importância para os deveres do Estado, pois a vinculação de todos os poderes aos direitos fundamentais contém não só uma obrigatoriedade negativa para o Estado, de não fazer intervenções em áreas protegidas pelos direitos fundamentais, mas também uma obrigação positiva de fazer tudo para realizar os mesmos, ainda que não exista um direito público subjetivo do cidadão¹⁵⁴.

São esses aspectos que voltam a ocupar um espaço importantíssimo na interpretação de princípios fundamentais e de normas principiológicas – como os direitos fundamentais –, bem como outros conceitos constitucionais abertos.

¹⁵¹ OLIVO, Luís Carlos Cancellier de. **Juízes Legisladores: O Controle de Constitucionalidade da Lei como Forma de Exercício do Direito Judiciário.**

¹⁵² Ibidem, mesma página.

¹⁵³ Ibidem, mesma página.

¹⁵⁴ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 7. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 1143.

2. O Ativismo Judicial no Brasil e o Supremo Tribunal Federal

Judicializar significa que algumas questões de larga repercussão política ou social serão decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais, quais sejam, o Congresso Nacional e o Poder Executivo. Essa tarefa envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras, estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro¹⁵⁵.

Cabe salientar que a evolução do processo de judicialização no Brasil teve grande destaque nos últimos anos, e a primeira causa disso foi a redemocratização do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988. Nas últimas décadas, com a recuperação das garantias da magistratura, o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes¹⁵⁶.

O Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, tem o importante papel de interpretar a Constituição e de assegurar que os direitos e garantias declarados no texto constitucional tornem-se uma realidade efetiva para toda a população. À demanda cada vez maior da sociedade a Corte tem respondido demonstrando profundo compromisso com a realização dos direitos fundamentais¹⁵⁷.

Frise-se que essa nova geração de Ministros do Supremo Tribunal Federal já não deve seu título de investidura ao regime militar. Por outro lado, o ambiente democrático reavivou a cidadania, dando maior nível de informação e de consciência de direitos a amplos segmentos da população, que passaram a buscar a proteção de seus interesses perante juízes e tribunais¹⁵⁸.

Nesse mesmo contexto, deu-se a expansão institucional do Ministério Público, com aumento da relevância de sua atuação fora da área estritamente penal, bem como a presença crescente da Defensoria Pública em diferentes partes do

¹⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. p. 4.

¹⁵⁶ Ibidem, mesma página.

¹⁵⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade e Processo de Deliberação: Legitimidade, Transparência e Segurança Jurídica nas Decisões das Cortes Supremas**.

¹⁵⁸ BARROSO, op. cit., p. 6.

Brasil. Assim, vê-se que a redemocratização fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira¹⁵⁹.

O STF ficou em uma posição de absoluto destaque na política nacional, transformando-se em um órgão que passou, pouco a pouco, a agir declaradamente como uma das mais importantes instâncias políticas da nação. Por outro lado, esse aumento de popularidade soterrou a Corte debaixo de uma avalanche de processos, obrigando-a a conciliar seu papel político, de instância de revisão e segundo turno da política representativa, com um papel bem mais “rotineiro” de prestador de serviços forenses, de “terceira instância” na estrutura judiciária tradicional de solução de disputas individuais¹⁶⁰.

Outra causa da judicialização é o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, um dos mais abrangentes do mundo. Referido como híbrido ou eclético, ele combina aspectos de dois sistemas diversos: o americano e o europeu. Assim, desde o início da República, adota-se entre nós a fórmula americana de controle incidental e difuso, pelo qual qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei, em um caso concreto que lhe tenha sido submetido, caso a considere inconstitucional. Por outro lado, trouxemos do modelo europeu o controle por ação direta, que permite que determinadas matérias sejam levadas em tese e imediatamente ao Supremo Tribunal Federal¹⁶¹.

A tudo isso se soma o direito de propositura amplo, previsto no art. 103, pelo qual inúmeros órgãos, bem como entidades públicas e privadas – as sociedades de classe de âmbito nacional e as confederações sindicais – podem ajuizar ações diretas. Nesse cenário, quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada ao STF¹⁶², nessa linha, destaca-se:

A defesa da Constituição da República representa o encargo mais relevante do Supremo Tribunal Federal. O Supremo Tribunal Federal – que é o guardião da Constituição, por expressa delegação do Poder Constituinte – não pode renunciar ao exercício desse encargo, pois, se a Suprema Corte falhar no desempenho da gravíssima atribuição que lhe foi outorgada, a integridade do sistema político, a proteção das liberdades públicas, a estabilidade do ordenamento normativo do Estado, a segurança das relações jurídicas e a legitimidade das instituições da República restarão profundamente

¹⁵⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. p. 4

¹⁶⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. **O Controle da Constitucionalidade no Brasil**.

¹⁶¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **O Controle da Constitucionalidade no Brasil**.

¹⁶² BARROSO, op. cit., mesma página.

comprometidas. O inaceitável desprezo pela Constituição não pode converter-se em prática governamental consentida. Ao menos, enquanto houver um Poder Judiciário independente e consciente de sua alta responsabilidade política, social e jurídico-institucional¹⁶³.

Ademais, destaca-se que no direito brasileiro, a jurisdição constitucional exerce um papel proeminente, pois dispomos de um sistema de controle de constitucionalidade bastante complexo, que funde, em parte, as experiências constitucionais norte-americana e européia. Todavia, importa compreender que o modelo de controle de constitucionalidade brasileiro é pródigo quanto aos mecanismos de controle dos atos do poder público editados com violação às disposições constitucionais¹⁶⁴.

Então, quando o poder público atua agredindo disposição que impõe inércia, ou quando atua, podendo atuar, porém movendo-se de maneira inadequada ou, ainda, de modo a violar regra de competência ou de procedimento, há uma gama de mecanismos orientados à censura da atuação. Ocorre, no entanto, que não há em nosso país ações constitucionais eficientes para o controle das omissões inconstitucionais, especialmente de controle abstrato de referidas omissões. Cumpre concordar, portanto, que os mecanismos processuais colocados à disposição, pelo Constituinte, para o controle da omissão inconstitucional são bastante tímidos.

Ressalta-se nos termos do quanto preceitua parcela da doutrina pátria que o mandado de injunção, principalmente em função da jurisprudência da Excelsa Corte, assim como a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, neste caso em função de sua configuração normativa, não substanciam meios suficientemente eficazes e suficientes para a solução da inércia do poder público violadora de direitos fundamentais. Cabe, entretanto, aguardar a afirmação de uma sólida jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito. É necessário, portanto, orientar-se na busca da plena efetividade da Constituição, em particular das disposições que contemplam os direitos fundamentais de natureza social, por outros caminhos¹⁶⁵.

¹⁶³ ADI 2.010-MC, Rel. Min. Celso de Mello, Dj 12/04/02 apud CUNHA JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática**. 9. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 41.

¹⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. *THEMIS: Revista da ESMEC – Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará*, n. 2, v. 4, pp. 13-100, p.16, julho/dezembro, 2006.

¹⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. p. 4.

Ora, se é verdade que a Constituição Federal de 1988 não aparta os direitos clássicos ou prestacionais em regimes distintos, não é menos verdade que apontados direitos decorrem de disposições constitucionais dotadas de estruturas normativas distintas. Não é possível deixar de considerar que a estrutura das normas que tratam de direitos sociais é diferente dos demais¹⁶⁶.

No sítio dos direitos de defesa, ocorrente hipótese de violação, o papel do juiz como guardião da ordem constitucional não exige, no geral, uma atuação além da censura judicial à ação do poder público.

Por outro lado, a situação muda em relação aos direitos prestacionais, exigentes de uma atuação positiva do poder público, em particular porque o âmbito material definitivo desses direitos depende de uma manifestação legislativa material do Estado. Além disso, esses direitos são insuscetíveis de realização integral, pois o seu cumprimento implica uma caminhada progressiva sempre dependente do ambiente social no qual se inserem. Mais do que isso, a realização desses direitos pressupõe a existência de uma bem elaborada peça orçamentária, mecanismo através do qual o Estado maneja os recursos públicos ordenando as prioridades para a despesa uma vez observada a previsão da receita¹⁶⁷.

Neste diapasão, o papel do Poder Judiciário com a Constituição de 1988, através do conceito de Constituição Dirigente e Força Normativa da Constituição, surge enquanto prerrogativa que vai além do caso concreto, pois, existem mecanismos de fiscalização dos desvios praticados pelo legislador e de maneira atípica pelo executivo. Isso se faz com a ação direta de inconstitucionalidade tanto por ação quanto por omissão do legislador¹⁶⁸.

É no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade, que surge um dos principais instrumentos de manifestação do judiciário, como poder político. Além da ação direta de inconstitucionalidade, pode-se afirmar que o mecanismo jurisdicional das súmulas vinculantes também é importante atributo político presente nas competências restritivas do Judiciário, ao impor um determinado entendimento normativo a partir da interpretação de uma lei constitucional ou infraconstitucional.

¹⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. p. 10.

¹⁶⁷ KOERNER, Andrei. **Ativismo Judicial? Jurisprudência Constitucional e Política no STF pós-88**. Dossiê: 25 Anos da Constituição de 1988. Novos Estudos – CEBRAP, 96, julho, 2013. p. 72.

¹⁶⁸ LOPES, Cartejane Bogea Vieira; SOUSA, Gabriela Ferreira. **A Relação entre Força Normativa da Constituição, Constituição Dirigente e Ativismo Judicial**, 2017.

Como o sistema brasileiro é bastante descentralizado, o judiciário passa a exercer também função política, passando a existir uma ampliação do acesso à Justiça e também expansão do Judiciário. De efeito, consoante lição de Arantes¹⁶⁹, existe uma “transformação do Judiciário em instância de implementação de direitos sociais e coletivos, especialmente na segunda metade do século XX”. Existem dois fatores para essa expansão do judiciário, o primeiro associa ao desenvolvimento e crise do Estado de Bem-Estar Social; o segundo associa a expansão do Judiciário à ampliação do acesso à Justiça para direitos coletivos¹⁷⁰.

Os dois fatores demonstram-se de forma clara ao se analisar às demandas que chegaram a tutela do Poder Judiciário, podendo-se inclusive afirmar a judicialização das relações sociais e das questões políticas, já que passaram a ter no órgão jurisdicional sua instância decisiva.

Entendendo-se a política como instância de decisões, tanto no âmbito estatal quanto da sociedade civil, é inegável que as transformações incrementadas pelo Poder Judiciário são de natureza política, posto que interferem na concepção e organização tanto do Estado quanto no agir cotidiano do indivíduo e das coletividades humanas. Sem embargo, o judiciário tem características distintas dos outros poderes, embora seu condão seja o mesmo já que decorre da Soberania Popular e dos objetivos traçados pelo Poder Constituinte Originário¹⁷¹.

Importante afirmar, portanto, que sob a égide da Constituição Federal de 1988 o Estado haverá também de ser compreendido como uma espécie de ossatura institucional desenhada pelo Constituinte para satisfazer os princípios, objetivos e direitos fundamentais através da atuação do Legislativo, buscando a concretização das disposições constitucionais, inclusive daquelas veiculando os direitos prestacionais, através da atuação do Judiciário, que deverá manifestar-se com sustentação numa hermenêutica comprometida com a principiologia constitucional¹⁷².

¹⁶⁹ SILVA, Jacqueline Maria Cavalcante da. *O Mandado de Injunção como Instrumento de Efetividade de Direito Constitucional*. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, nº 12, p. 33-54, julho/dezembro, 2008, p. 42.

¹⁷⁰ Ibidem, mesma página.

¹⁷¹ LOPES, Cartejane Bogea Vieira; SOUSA, Gabriela Ferreira. **A Relação entre Força Normativa da Constituição, Constituição Dirigente e Ativismo Judicial**, 2017.

¹⁷² KOERNER, Andrei. **Ativismo Judicial? Jurisprudência Constitucional e Política no STF pós-88**. Dossiê: 25 Anos da Constituição de 1988. Novos Estudos – CEBRAP, 96, julho, 2013. p. 72.

Discute-se muitas vezes se o Poder Judiciário teria legitimidade para atuar nos campos que, em tese, estariam reservados ao administrador ou ao legislador. Afirma-se que os integrantes do Judiciário não foram eleitos, estando por isso despidos da legitimidade que apenas poderia ser conferida pelo sufrágio popular. Por isso não poderiam dispor sobre o que e o como da atuação estatal.

Ademais, ordenar o cumprimento de direitos prestacionais significaria substituir-se, o juiz, ao administrador, implicando quebra do princípio da separação dos poderes e, especialmente, do princípio democrático, segundo o qual a maioria governa. É preciso considerar, entretanto, que democracia não significa simplesmente governo da maioria. Afinal, a minoria de hoje pode ser a maioria de amanhã, e o guardião desta dinâmica majoritária/contra-majoritária, em última instância, é, entre nós, o próprio Poder Judiciário que age como uma espécie de delegado do Poder Constituinte. Ou seja, a democracia não repele, ao contrário, reclama a atuação do Judiciário nesse campo¹⁷³.

Demais disso, zelar pela observância dos direitos fundamentais significa, para o Judiciário, no exercício da jurisdição constitucional, proteger a maioria permanente contra a atuação desconforme da maioria eventual, conjuntural e temporária. Entre os que pretendem que no controle da omissão inconstitucional não haja papel a ser desempenhado pelo juiz e aqueles que entendem que o Poder Judiciário tudo pode fazer, é necessário encontrar um lugar de equilíbrio, sensível à percepção de que o juiz, apesar de comprometido com a efetividade da Constituição, não pode ultrapassar certos limites sob pena de colocar em risco os postulados do Estado Democrático de Direito¹⁷⁴.

É importante destacar que com a Constituição de 1988 o Supremo Tribunal Federal ganhou força, exercendo papel fundamental no sistema de freios e contrapesos através do controle de constitucionalidade e outras funções, bem como na concretização dos direitos e garantias fundamentais, sendo essencial para o Estado Democrático de Direito. Para o Ministro César Peluzo¹⁷⁵, o Supremo Tribunal Federal:

¹⁷³ LOPES, Cartejane Boguea Vieira; SOUSA, Gabriela Ferreira. **A Relação entre Força Normativa da Constituição, Constituição Dirigente e Ativismo Judicial**, 2017.

¹⁷⁴ VERÍSSIMO, Marcos Paulo. *A Constituição de 1988, Vinte Anos Depois: Suprema Corte e Ativismo Judicial “À Brasileira”*. **Revista Direito GV**. n. 4 [2], p. 407-440, julho/dezembro, São Paulo, 2008.

¹⁷⁵ *Ibidem*, mesma página.

Tem sido incansável guardião do texto constitucional. No cumprimento de suas atribuições constitucionais, tem atuado de forma decisiva na solução de conflitos entre os poderes e de controvérsias internas ao Executivo ou Legislativo, bem como no reconhecimento e na efetiva implementação de direitos assegurados por mandamento constitucional. A atuação do Supremo Tribunal Federal já foi descrita como “ativismo judicial por determinação constitucional.

Assim, impende ressaltar que em um Estado que busca a concretização de direitos sociais não apenas no papel, mas de forma efetiva, o Supremo Tribunal Federal desempenha um papel central na realização desses direitos, como órgão de cúpula do Poder Judiciário, cabe a ele a guarda da Constituição. Como bem leciona o Ministro César Peluzo¹⁷⁶:

A atuação consistente e independente do STF em particular, e do Judiciário em geral, vem contribuindo de forma decisiva para a consolidação da democracia brasileira. Sob a liderança do Supremo, o Judiciário é, sem dúvida, o fiador da democracia brasileira.

Conclui-se, portanto, que o Supremo Tribunal Federal desempenha papel primordial para o equilíbrio dos três poderes, sendo peça chave do complexo sistema de freios e contrapesos, sistema esse essencial para o bom funcionamento do Estado Democrático de Direito. Como guardião e intérprete da Magna Carta, compete ao STF observar a obediência aos princípios constitucionais, prezando pelo efetivo cumprimento do que ela determina¹⁷⁷.

É possível notar a materialização da função desempenhada pelas Cortes que compõem o Poder Judiciário brasileiro através de sua atividade criativa traduzida na jurisprudência, papel essencial à efetividade e concretização das normas constitucionais e especificamente dos direitos fundamentais, *in litteris*:

1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO

¹⁷⁶ VERÍSSIMO, Marcos Paulo. *A Constituição de 1988, Vinte Anos Depois: Suprema Corte e Ativismo Judicial “À Brasileira”*. **Revista Direito GV**. n. 4 [2], p. 407-440, julho/dezembro, São Paulo, 2008.

¹⁷⁷ De Paula, Oséias. **Ativismo Judicial: Impacto das Decisões Criativas do Supremo Tribunal Federal para o Equilíbrio do Sistema Político Brasileiro em Face do Princípio da Separação de Poderes**, 2017.

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 emanação 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 lócus institucional 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 ESTABELEECER 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, ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341 RTJ VOL-00219-01 PP-00212 – grifos aditados).

DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOAFETIVO). INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. **INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA A QUE SE HABILITEM PARA O CASAMENTO PESSOAS DO MESMO SEXO. VEDAÇÃO IMPLÍCITA CONSTITUCIONALMENTE INACEITÁVEL.** ORIENTAÇÃO PRINCÍPIOLÓGICA CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF N. 132/RJ E DA ADI N. 4.277/DF.

1. Embora criado pela Constituição Federal como guardião do direito infraconstitucional, no estado atual em que se encontra a evolução do direito privado, vigorante a fase histórica da constitucionalização do direito civil, não é possível ao STJ analisar as celeumas que lhe aportam "de costas" para a Constituição Federal, sob pena de ser entregue ao jurisdicionado um direito desatualizado e sem lastro na Lei Maior. Vale dizer, o Superior Tribunal de Justiça, cumprindo sua missão de uniformizar o direito infraconstitucional, não pode conferir à lei uma interpretação que não seja constitucionalmente aceita.

2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADPF n. 132/RJ e da ADI n. 4.277/DF, conferiu ao art. 1.723 do Código Civil de 2002 interpretação conforme à Constituição para dele excluir todo significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família.

3. Inaugura-se com a Constituição Federal de 1988 uma nova fase do direito de família e, conseqüentemente, do casamento, baseada na adoção de um explícito poliformismo familiar em que arranjos multifacetados são igualmente aptos a constituir esse núcleo doméstico chamado "família", recebendo todos eles a "especial proteção do Estado". Assim, é bem de ver que, em 1988, não houve uma recepção constitucional do conceito histórico de casamento, sempre considerado como via única para a constituição de família e, por vezes, um ambiente de subversão dos ora consagrados princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. **Agora, a concepção constitucional do casamento - diferentemente do que ocorria com os diplomas superados -**

deve ser necessariamente plural, porque plurais também são as famílias e, ademais, não é ele, o casamento, o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade.

4. O pluralismo familiar engendrado pela Constituição - explicitamente reconhecido em precedentes tanto desta Corte quanto do STF - impede se pretenda afirmar que as famílias formadas por pares homoafetivos sejam menos dignas de proteção do Estado, se comparadas com aquelas apoiadas na tradição e formadas por casais heteroafetivos.

5. O que importa agora, sob a égide da Carta de 1988, é que essas famílias multiformes recebam efetivamente a "especial proteção do Estado", e é tão somente em razão desse desígnio de especial proteção que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, ciente o constituinte que, pelo casamento, o Estado melhor protege esse núcleo doméstico chamado família.

6. Com efeito, se é verdade que o casamento civil é a forma pela qual o Estado melhor protege a família, e sendo múltiplos os "arranjos" familiares reconhecidos pela Carta Magna, não há de ser negada essa via a nenhuma família que por ela optar, independentemente de orientação sexual dos partícipes, uma vez que as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas de seus membros e o afeto.

7. A igualdade e o tratamento isonômico supõem o direito a ser diferente, o direito à auto-afirmação e a um projeto de vida independente de tradições e ortodoxias. Em uma palavra: o direito à igualdade somente se realiza com plenitude se é garantido o direito à diferença. Conclusão diversa também não se mostra consentânea com um ordenamento constitucional que prevê o princípio do livre planejamento familiar (§ 7º do art. 226). E é importante ressaltar, nesse ponto, que o planejamento familiar se faz presente tão logo haja a decisão de duas pessoas em se unir, com escopo de constituir família, e desde esse momento a Constituição lhes franqueia ampla liberdade de escolha pela forma em que se dará a união.

8. Os arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565, todos do Código Civil de 2002, não vedam expressamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e não há como se enxergar uma vedação implícita ao casamento homoafetivo sem afronta a caros princípios constitucionais, como o da igualdade, o da não discriminação, o da dignidade da pessoa humana e os do pluralismo e livre planejamento familiar.

9. Não obstante a omissão legislativa sobre o tema, a maioria, mediante seus representantes eleitos, não poderia mesmo "democraticamente" decretar a perda de direitos civis da minoria pela qual eventualmente nutre alguma aversão. Nesse cenário, em regra é o Poder Judiciário - e não o Legislativo - que exerce um papel contramajoritário e protetivo de especialíssima importância, exatamente por não ser compromissado com as maiorias votantes, mas apenas com a lei e com a Constituição, sempre em vista a proteção dos direitos humanos fundamentais, sejam eles das minorias, sejam das maiorias. Dessa forma, ao

contrário do que pensam os críticos, a democracia se fortalece, porquanto esta se reafirma como forma de governo, não das maiorias ocasionais, mas de todos.

10. Enquanto o Congresso Nacional, no caso brasileiro, não assume, explicitamente, sua coparticipação nesse processo constitucional de defesa e proteção dos socialmente vulneráveis, não pode o Poder Judiciário demitir-se desse mister, sob pena de aceitação tácita de um Estado que somente é "democrático" formalmente, sem que tal predicativo resista a uma mínima investigação acerca da universalização dos direitos civis.

11. Recurso especial provido. (STJ, REsp 1183378/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 25/10/2011, DJe 01/02/2012 – grifos aditados).

Nesses termos, vê-se que a jurisprudência de nossos tribunais resta engajada na tarefa de transmudar o clássico entendimento de que a tarefa dos juízes restava limitada tão somente a dizer aquilo que a letra fria da norma prescrevia, traduzindo a máxima de que o juiz é a “boca da lei”.

Com efeito, as transformações ocorridas na sociedade e no Direito permitiram que o Poder Judiciário assumisse um papel mais ativo e, por conseqüência, mais criativo dentro do ordenamento jurídico pátrio. Vale frisar que a sua atividade interpretativa, para fins de fazer valer a efetividade da Constituição, visando garantir a concretização dos direitos fundamentais se fez realmente necessária dentro do cenário que se instalou após a promulgação da Carta Cidadã de 1988¹⁷⁸.

Nesse diapasão, alguns debates se destacaram dentro dos tribunais, para fazer valer concretamente o espírito do texto constitucional, uma vez que restou indene de dúvidas que o papel do magistrado, ao contrário daquilo que se pensou outrora, não poderia se limitar a reproduzir a letra da lei, nem tampouco restar paralisado às transformações ocorridas no Direito e na sociedade.

Desse modo, destacou-se da jurisprudência nacional, pela importância de seu caráter, ao debater direito fundamental da mais alta relevância, qual seja, o direito à dignidade da pessoa humana, a possibilidade de constituição de família e de realização de casamento civil por pessoas do mesmo sexo, garantindo-se também a esse núcleo a proteção estatal constitucionalmente prevista, consoante se transcreveu acima.

¹⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo*. *Revista da Faculdade de Direito – RFD*, Universidade Estadual do Rio de Janeiro, v. 2, n. 21, janeiro/junho, p. 01-50, Rio de Janeiro, 2012.

Ademais, é possível notar essa mudança paradigmática no papel fundamental de interpretação da norma desempenhado pelo Judiciário, à luz da necessidade de garantir os direitos constitucionalmente previstos, nas palavras do Ministro Relator Luis Felipe Salomão¹⁷⁹ ao julgar o caso supramencionado, *in verbis*:

O direito é fato, norma e valor - qual clássica teoria tridimensional de Miguel Reale -, razão pela qual a alteração substancial do fato deve necessariamente conduzir a uma releitura do fenômeno jurídico, à luz dos novos valores.

Deveras, a família é um fenômeno essencialmente natural-sociológico, cujas origens antecedem o próprio Estado.

É dizer: família é uma instituição pré-jurídica, surgida das mais remotas experiências de aglomeração e vinculação pelo parentesco e reciprocidade, anterior por isso mesmo ao próprio casamento, civil ou religioso.

Não pode o Direito - sob pena de ser inútil - pretender limitar conceitualmente essa realidade fenomênica chamada "família", muito pelo contrário, é essa realidade fática que reclama e conduz a regulação jurídica.

Atentando-se a isso, o pluralismo familiar engendrado pela Constituição - explicitamente reconhecido em precedentes tanto desta Corte quanto do STF -, impede se pretenda afirmar que as famílias formadas por pares homoafetivos sejam menos dignas de proteção do Estado, se comparadas com aquelas apoiadas na tradição e formadas por casais heteroafetivos.

Na medida em que a própria Constituição Federal abandona a fórmula vinculativa da família ao casamento, e passa a reconhecer, exemplificadamente, vários tipos interpessoais aptos à constituição de família, emerge como corolário que, em alguma medida, torna-se secundário o interesse da Carta Cidadã pelo modo a partir do qual essas famílias são constituídas em seu íntimo, em sua inviolável vida privada, se são constituídas por pessoas heteroafetivas ou homoafetivas.

O mais importante, não há dúvida quanto a isso, é como esse arranjo familiar pode ser especialmente protegido pelo Estado e, evidentemente, o vínculo que maior segurança jurídica confere às famílias é o casamento civil.

Essa, segundo parece, deve ser exatamente a interpretação conferida ao art. 226, § 3º, da Constituição Federal, quando prevê a facilitação da conversão da união estável em casamento.

Não que a Carta Cidadã autorize o legislador infraconstitucional a destinar menos direitos, de forma voluntária, às uniões estáveis - para além dos deficits naturalmente existentes -, se comparados com os direitos próprios dos cônjuges casados.

O que importa agora, expressa a Constituição Brasileira de 1988, é que essas famílias multiformes recebam efetivamente a "especial proteção do Estado", e é tão somente em razão desse desígnio de especial proteção que a lei deve facilitar a conversão da união

¹⁷⁹ REsp. nº 1183378/RS, QUARTA TURMA, julgado em 25/10/2011, DJe 01/02/2012.

estável em casamento, ciente o constituinte que, pelo casamento, o Estado melhor protege esse núcleo doméstico chamado família. Com efeito, se é verdade que o casamento civil é a forma pela qual o Estado melhor protege a família, e múltiplos os "arranjos" familiares reconhecidos pela Carta Magna, não há de ser negada essa via a nenhuma família que por ela optar, independentemente de orientação sexual dos partícipes, uma vez que as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos quais sejam, a dignidade das pessoas de seus membros e o afeto.

Sendo assim, cediço que existe a necessidade de potencializar os instrumentos processuais que estão à nossa disposição para a defesa dos direitos prestacionais na hipótese de inércia do poder público. Nesse passo, não há como olvidar a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção. Mas diante da fragilidade dos apontados instrumentos, que respaldam o controle objetivo e o controle subjetivo, respectivamente, cumpre apostar nos meios processuais convencionais que estão à nossa disposição, inclusive das ações coletivas, especialmente da ação civil pública¹⁸⁰.

Destaque-se que o manejo da ação civil pública pode trazer importante contribuição para a efetivação dos direitos fundamentais, especialmente quando voltada para a implementação das políticas necessárias para a realização progressiva dos direitos. É claro que é imprescindível, neste caso, uma certa dose de prudência, especialmente porque a sociedade brasileira, num quadro permanente de escassez de recursos, reclama soluções urgentes em muitos campos ao mesmo tempo: meio ambiente, proteção dos direitos sociais, políticas de inclusão, etc.¹⁸¹

O Estado pode não conseguir resolver de uma vez um quadro de deterioração das condições de vida que acompanha o Brasil há séculos. Mas é possível a implantação de políticas para, progressivamente, resolver aquilo que é reclamado pelo documento constitucional.

A vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais é suficiente para deles exigir a adoção de políticas voltadas para o seu cumprimento. Tais políticas podem ser inclusive exigidas judicialmente. Isso que fundamenta a atuação criativa do Poder Judiciário, tendo em vista que é necessário a atuação do mesmo para garantir a efetividade de tais direitos¹⁸².

¹⁸⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. **O Controle da Constitucionalidade no Brasil**, p. 04.

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 09.

¹⁸² *Ibidem*, mesma página.

Outrossim, se ainda não é possível reclamar, imediatamente, os direitos prestacionais não regulamentados porque não originários, é perfeitamente possível a propositura de ação judicial com o intuito de exigir a definição de política de prestação por parte do Estado que possa atender, em prazo razoável, a imposição constitucional¹⁸³.

Os direitos sociais não tem a finalidade de dar ao brasileiro, apenas, o mínimo. Ao contrário, eles reclamam um horizonte eficaz progressivamente mais vasto, dependendo isso apenas do comprometimento da sociedade e do governo e da riqueza produzida pelo país. A Constituição Federal de 1988, portanto, aponta para a idéia de máximo. O conceito do mínimo existencial, por outro lado, do mínimo necessário e indispensável, aponta para uma obrigação mínima do poder público, tudo isso para evitar que o ser humano perca sua condição de humanidade¹⁸⁴.

Os direitos sociais, o princípio da dignidade humana, o princípio da socialidade autorizam a compreensão do mínimo existencial como obrigação estatal a cumprir e como responsabilidade dos poderes públicos. Ora, para a tutela do mínimo existencial, decorrência da eficácia positiva mínima dos direitos fundamentais sociais, qualquer meio processual adequado, de acordo com as leis processuais, poderá ser manejado¹⁸⁵.

Vale frisar que ainda não há a necessidade, do mandado de injunção ou da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. O que importa é o magistrado agir com determinação e cautela, ponderando os direitos, bens e princípios em jogo, estudando o campo do possível mas, ao mesmo tempo, considerando que o Estado democrático de direito está comprometido com o avanço e não com o retrocesso social (vedação do retrocesso social)¹⁸⁶.

Cabe notar, que naquilo que se refere à reserva do possível, concebida na experiência constitucional alemã, importa estudá-la com os cuidados devidos, inclusive porque ela não pode ser transposta, de modo automático, para a realidade brasileira. Com efeito, aqui, não se trata, para o Estado, já, de conceder o mais, mas, antes, de cumprir, ainda, com o mínimo. Assim, é evidente que a efetivação dos direitos sociais só ocorrerá à luz das coordenadas sociais e econômicas do

¹⁸³ MENDES, Gilmar Ferreira. **O Controle da Constitucionalidade no Brasil**, p. 12.

¹⁸⁴ Ibidem, mesma página.

¹⁸⁵ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 733.

¹⁸⁶ KOERNER, Andrei. **Ativismo Judicial? Jurisprudência Constitucional e Política no STF – pós 88**. Dossiê: 25 Anos da Constituição de 1988. Novos Estudos – CEBRAP, 96, julho, 2013. p. 73.

espaço-tempo. Mas a reserva do possível não pode ser compreendida como uma cláusula obstaculizadora, mas, antes, como uma cláusula que imponha cuidado, prudência e responsabilidade no campo da atividade judicial¹⁸⁷.

No universo dos direitos fundamentais é preciso continuar o esforço doutrinário, superar dogmas e mitos, bem como promover a participação popular. O Ministério Público, neste sítio, tem um papel extremamente relevante a cumprir. Por outro lado, é indispensável a revisão do papel do Judiciário, especialmente com a superação da idéia de que o controle das omissões inconstitucionais só pode se dar por meio do mandado de injunção e da ação de inconstitucionalidade por omissão¹⁸⁸. Por fim, é necessário aceitar um compromisso sincero com os direitos fundamentais sociais. Fazer valer os preceitos estabelecidos na Carta Política de 1988 e pleitear uma atuação mais efetiva e justa dos Poderes do Estado. Só assim teremos as ações necessárias para transformar os direitos em realidade concreta no cotidiano do povo brasileiro.

¹⁸⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 733.

¹⁸⁸ KOERNER, Andrei. **Ativismo Judicial? Jurisprudência Constitucional e Política no STF – pós 88**. Dossiê: 25 Anos da Constituição de 1988. Novos Estudos – CEBRAP, 96, julho, 2013. p. 73.

CONCLUSÃO

Diante de tais considerações, cabe ressaltar a importância do presente debate para uma maior compreensão acerca da atuação do Poder Judiciário no cenário jurídico e político atual, pois o sistema brasileiro restou marcado pela criação e pronunciamento de uma série de direitos fundamentais, através da Carta Constitucional de 1988, que, entretanto, precisam de concretização.

Nesse diapasão, vê-se que há a necessidade de um Poder Judiciário intervencionista que realmente atue para controlar a ausência na prestação dos serviços básicos, bem como a falta de qualidade na prestação desses serviços e exigir a implementação de políticas sociais eficientes, razão por que os julgadores têm assumido um papel interpretativo do Direito de modo criativo.

A inércia estatal em adotar as medidas necessárias à concretização dos preceitos constitucionais e, especificamente dos direitos fundamentais, permanecendo insensível diante do dever de cumprir as determinações que a Constituição impõe, provoca a inequívoca violação negativa do texto constitucional. Deste não fazer estatal origina-se a inconstitucionalidade por omissão.

Assim, constata-se que o constituinte de 1988 criou previamente instrumentos capazes de impedir ou obstar a omissão inconstitucional dos Poderes Públicos, quais sejam, o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Podendo, assim, atender à suplica da sociedade e da doutrina por uma maior concreção e efetividade das normas constitucionais.

Outrossim, observa-se que o ativismo judicial se caracteriza como um desdobramento do dever dos juízes de não só interpretar a Constituição, mas também de torná-la efetiva e uma necessidade objetiva decorrente da inoperância e omissão dos outros poderes¹⁸⁹.

Observa-se, dessa forma, que o fenômeno do ativismo judicial vem crescendo de maneira considerável, tomando proporções nunca antes imaginada, pois ressalta o caráter perceptivo e criativo do Poder Judiciário, como instância de extrema relevância para a preservação e garantia dos preceitos estabelecidos na

¹⁸⁹ KOERNER, Andrei. **Ativismo Judicial? Jurisprudência Constitucional e Política no STF pós-88**. Dossiê: 25 Anos da Constituição de 1988. Novos Estudos – CEBRAP, 96, julho, 2013. p. 72.

Carta Magna, bem assim como Poder capaz de exercer com destaque o conteúdo jurídico constante do sistema de freios e contrapesos idealizado por Montesquieu.

Nesses termos, percebe-se que a atuação do Judiciário de modo mais criativo e concreto, desde que dentro dos preceitos constitucionalmente estabelecidos, se justifica dentro do Estado omissivo que se implantou após a Carta Cidadã de 1988, que foi responsável pela criação de uma série de direitos e garantias necessárias à realização do Estado Democrático e Constitucional de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo*. **Revista da Faculdade de Direito – RFD**, Universidade Estadual do Rio de Janeiro, v. 2, n. 21, janeiro/junho, p. 01-50, Rio de Janeiro, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. p. 02-29.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. **THEMIS: Revista da ESMEC – Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará**, n. 2, v. 4, pp. 13-100, julho/dezembro, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

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

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277*. Ministro Relator AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341 RTJ VOL-00219-01 PP-00212.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1183378/RS*. Ministro Relator LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 25/10/2011, DJe 01/02/2012.

COLODETTI, Bruno. **O Processo Jurisdicional e a Produção da Norma Jurídica Concreta: A Atividade Criativa do Juiz na Realização dos Direitos**. 2010.

Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) – Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Ativismo Judicial e Concretização dos Direitos Fundamentais.** 2015. Disponível em: <<https://www.brasiljuridico.com.br/artigos/ativismo-judicial-e-concretizacao-dos-direitos-fundamentais.-por-dirley-da-cunha-junior>> Acesso em: 14 de abril de 2018.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática.** 9. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: *JusPODIVM*, 2017.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público.** 2. ed. ver. e atual. Salvador: Saraiva, 2008.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional.** 11. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: *JusPODIVM*, 2017.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Interpretação Constitucional e a Criação Judicial do Direito: Contributo para a Construção de uma Doutrina da Efetividade dos Direitos Fundamentais.** *In Desafios do Constitucionalismo Brasileiro*, organizador por CUNHA JÚNIOR, Dirley; DANTAS, Miguel Calmon. Salvador: *JusPODIVM*, 2009, pg. 39-60.

De Paula, Oséias. **Ativismo Judicial: Impacto das Decisões Criativas do Supremo Tribunal Federal para o Equilíbrio do Sistema Político Brasileiro em Face do Princípio da Separação de Poderes**, 2017. Disponível em: <<https://juridocerto.com/p/oseias-de-paula/artigos/ativismo-judicial-impacto-das-decisoes-criativas-do-supremo-tribunal-federal-para-o-equilibrio-do-sistema-politico-brasileiro-em-face-do-principio-da-separacao-de-poderes-4086>> Acesso em: 18 de agosto.

DIVALTE, Garcia Figueira. **História (volume único).** 5 ed. São Paulo: Ática, 2002.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

KOERNER, Andrei. **Ativismo Judicial? Jurisprudência Constitucional e Política no STF pós-88**. Dossiê: 25 Anos da Constituição de 1988. Novos Estudos – CEBRAP, 96, julho, 2013. p. 69-85.

KRELL, Andreas J. *Realização dos Direitos Fundamentais Sociais Mediante Controle Judicial da Prestação dos Serviços Públicos Básicos (uma visão comparativa)*. **Revista de Informação Legislativa**, nº 144, ano 36, p. 239-260, outubro/dezembro, Brasília, 1999.

LOPES, Cartejane Bogea Vieira; SOUSA, Gabriela Ferreira. **A Relação entre Força Normativa da Constituição, Constituição Dirigente e Ativismo Judicial**, 2017. Disponível em: <<https://www.webartigos.com/artigos/a-relacao-entre-forca-normativa-da-constituicao-constituicao-dirigente-e-ativismo-judicial/154932>> Acesso em: 13 de agosto de 2018.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 5. ed. ver. ampl. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade e Processo de Deliberação: Legitimidade, Transparência e Segurança Jurídica nas Decisões das Cortes Supremas**. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/EUA_GM.pdf. Acesso em: 14 de abril de 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. **O Controle da Constitucionalidade no Brasil**. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/1381_Texto_-_Gilmar_Mendes.pdf. Acesso em: 13 de junho de 2018.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

OLIVO, Luís Carlos Cancellier de. **Juízes Legisladores: O Controle de Constitucionalidade da Leis como Forma de Exercício do Direito Judiciário**.

SILVA, Jacqueline Maria Cavalcante da. *O Mandado de Injunção como Instrumento de Efetividade de Direito Constitucional*. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, nº 12, p. 33-54, julho/dezembro, 2008.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed., 3. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito**. 2 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. *A Constituição de 1988, Vinte Anos Depois: Suprema Corte e Ativismo Judicial “À Brasileira”*. **Revista Direito GV**. n. 4 [2], p. 407-440, julho/dezembro, São Paulo, 2008.