



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O PAPEL DO STF DIANTE DA OMISSÃO INCONSTITUCIONAL

Lany Cruz de Lima

Rio de Janeiro
2017

LANY CRUZ DE LIMA

**O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DIANTE DA OMISSÃO
INCONSTITUCIONAL**

Monografia apresentada como exigência de conclusão
de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em 2017 da
Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.
Orientador Prof. Marcelo Pereira de Almeida.
Coorientadora Prof.^a Néli Luiza Cavalieri Fetzner.

Aprovada em ____ de _____ de 2017.

BANCA EXAMINADORA: _____

Presidente: Prof. Cláudio Brandão de Oliveira – Escola da Magistratura do Estado do Rio de
Janeiro - EMERJ.

Convidado: Prof. Nelson C. Tavares Junior – Escola da Magistratura do Estado do Rio de
Janeiro - EMERJ.

Orientador: Prof. Marcelo Pereira Almeida - Escola da Magistratura do Estado do Rio de
Janeiro - EMERJ.

A ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – EMERJ – NÃO APROVA NEM REPROVA AS OPINIÕES EMITIDAS NESSE TRABALHO, QUE SÃO DE RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DA AUTORA.

AGRADECIMENTOS

Ao professor e orientador Marcelo Pereira de Almeida e a minha querida professora coorientadora Néli Luiza Cavalieri Fetzner, ambos por serem referências de estudo, pela paciência, estímulo e dedicação.

À minha mãe e à minha filha, por todo apoio e incentivo, em momentos cruciais.

À Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, por propor e por realizar um ensino nos moldes perfeitos para o desenvolvimento de um profissional mais capacitado.

A José Monteiro Neto, companheiro de todas as horas, pela preocupação com os detalhes importantes e pelo cuidado constante.

“Antes de julgar a minha vida ou o meu caráter, calce os meus sapatos e percorra o caminho que eu percorri, viva as minhas tristezas, as minhas dúvidas e as minhas alegrias. Percorra os anos que eu percorri, tropece onde eu tropecei e levante-se assim como eu fiz.”

Clarice Lispector

SÍNTESE

A Constituição de 1988 deu papel de destaque ao STF, ao ampliar suas competências e ao torná-lo guardião dessa. Com o Constitucionalismo Contemporâneo veio o debate sobre todos os aspectos da vida política, social e econômica. A Corte não pode mais ficar silente diante da omissão perpetrada pelos demais Poderes, na concretização dos direitos fundamentais. No Estado Democrático de Direito, o poder é único e as funções se completam, dessa forma retomando a ideia de dignidade da pessoa humana de Kant. Por fim, afastando-se da trilogia da Separação de Poderes de Montesquieu. A Constituição tem alma de Direito e forma de Lei, então, cada vez mais as decisões do Tribunal ganham destaque, seja por meio de mecanismos dado pela Carta ou importados do *common law*. A essência do trabalho é discutir a legitimidade das decisões Corte.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	07
1. STF E A SEPARAÇÃO DE PODERES: COMO SUPRIR A OMISSÃO LEGISLATIVA SEM FERIR O SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS?.....	09
1.1 Notas introdutórias sobre a atuação do STF.....	09
1.2 Princípios que referendam a Separação dos Poderes.....	12
1.3 Teorias da Omissão Inconstitucional.....	14
1.4 A Omissão Inconstitucional perante os Direitos Fundamentais e o seu controle nas vias Concentrada e Difusa.....	16
1.5 Considerações sobre o Mandado de Injunção, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental.....	19
2. A APLICAÇÃO DA TEORIA DOS PRECEDENTES NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DAS POLÍTICAS PÚBLICAS OFENDE A SEGURANÇA JURÍDICA?.....	23
2.1 Teoria dos Precedentes: Entre regras e exceções.....	24
2.2 A Repercussão Geral e a Súmula Vinculante: mecanismo de garantia ou de insegurança.....	28
2.3 A Repercussão Geral é uma cláusula de barreira? Quais direitos merecem chancela diante da Omissão?.....	31
2.4 A Súmula Vinculante fere o art. 93, IX da CRFB, posto que compromete a <i>Ratio Decidendi</i> , no caso de Omissão Inconstitucional?.....	32
3 A OMISSÃO LEGISLATIVA PERANTE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	35
3.1 Normas constitucionais passíveis de violação.....	36
3.2 Omissão parcial e o Mandado de Injunção.....	36
3.3 Rito e mudança legislativa do Mandado de Injunção.....	41
3.4 Breves notas sobre a omissão do Poder Executivo perante os Direitos Fundamentais.....	44
4. ATIVISMO JUDICIAL OU JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA.....	49
4.1 Principais diferenças entre ativismo e judicialização da política.....	49
4.2 O ativismo Judicial e o controle difuso de Constitucionalidade constituem a resposta correta.....	51
4.3 Proposta de emenda a Constituição que pretende reduzir a atuação do STF.....	52
CONCLUSÃO.....	54
REFERÊNCIAS.....	56

INTRODUÇÃO

A proposta desta monografia é ponderar a atuação do Supremo Tribunal Federal diante da omissão inconstitucional, e adotou o tipo de pesquisa qualitativa parcialmente exploratória, cujos métodos de procedimento observaram a indução e a dedução.

A omissão inconstitucional pode surgir tanto no campo do Poder Executivo, quanto no campo do Poder Legislativo. Essas agridem a dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos basilares da Constituição de 1988, insculpido no art. 1º, inciso III. Pois, após o neoconstitucionalismo não concretizar os direitos fundamentais significa violar a Carta e fere o Estado Democrático de Direito.

Vale ressaltar que a sociedade é um fenômeno social dinâmico, por consequência as relações jurídicas necessitam de normas para discipliná-las. No contexto dos Poderes, o Executivo ao gerir a coisa pública burla, por vezes, a aplicação das normas sustentando a reserva do possível. E, de forma mais calamitosa, o Legislativo seja por falta de interesse ou por dificuldades se torna omissor. Em decorrência da falta de normatização paira a insegurança jurídica, o que é prejudicial no contexto social, pois acaba por desaguar na vingança privada ou na lei do mais forte.

Dito de outra forma, a Constituição em seu art. 102 elegeu o Supremo Tribunal Federal como o seu guardião. Entretanto, a Carta reconheceu e garantiu os direitos fundamentais elencados no art. 5º desta e fora dela. Assim, na busca de efetivá-los, quando os mecanismos jurídicos falham, cabe a Corte buscar suporte no Direito Comparado, na Teoria dos Precedentes do *Common Law* e até no Ativismo Judicial adotando-os, para garantir a dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, ao adotar um posicionamento proativo, esbarra na separação de poderes, na crise de representatividade e, nas limitações impostas pelo próprio texto, como o art.101, § 1 da CRFB, que cuida da forma de composição da Corte, além de sofrer retaliações atinentes a orçamento.

Outro fator de abalo, é que o jurisdicionado ver no judiciário a sua válvula de escape, diante do descumprimento das regras, mas isso o abarrotará de processos, em decorrência aquele insatisfeito com a resposta faz com que a Corte vire uma instância revisora, o que prejudica a celeridade e a segurança jurídica. Então criam-se e importam-se mecanismos para contenção de demandas, mas repele-se o direito de ação e padronizam-se as decisões ferindo o livre convencimento motivado.

É nesse contexto de embates que se desenvolve o tema da pesquisa.

Assim, o primeiro capítulo aborda de forma sucinta, a previsão de criação da Corte na Constituição em 1824, no art. 163, mas esse só foi criado em 1829, e recebeu a alcunha de Superior Tribunal de Justiça, mas com a Proclamação da República, o Decreto 510 de 1890 alterou sua nomenclatura para Supremo Tribunal Federal, que subsiste até hoje

A seguir esse cuida da atuação do STF, ao destacar seu papel nas Constituições, em sequência menciona os princípios que referendam a separação de poderes e a crise de representatividade. No contexto, reporta-se à valorização dos direitos fundamentais no neoconstitucionalismo, relata-se a teoria da omissão inconstitucional e citam-se mecanismos constitucionais que visam a coibir a omissão. E finaliza com o perfil aditivo do STF, após a virada concretista, que busca fundamentos no direito comparado.

No capítulo seguinte, aborda-se a Teoria dos Precedentes na concretização dos direitos fundamentais, regras e exceções. E os modos pelos quais se contêm as demandas de massa, repercussão geral, quais as formas de garantir que as instâncias inferiores julguem no mesmo sentido, a súmula vinculante, salientando o conflito da sua natureza. Além de mencionar o papel dos precedentes perante a omissão inconstitucional.

No terceiro capítulo se apresentam as situações e os momentos em que as normas constitucionais são passíveis de violações, explica a importância da sua tutela e aprofunda o estudo das espécies de omissão. Retoma a questão da omissão parcial e do mandado de injunção abordando as principais questões relevantes a respeito do tema e menciona a inovação legislativa desse. Para finalizar se destacam os principais julgados, tais como: A ADPF 132 que tratou da união homoafetiva e da ADPF 54 que cuidou da questão do feto anencefálico. E mais os julgados em sede de Mandado de Injunção 670/ ES, 708/DF e 712/PA em que permaneceu o voto do ministro Gilmar Mendes na celeuma do direito de greve do servidor público, previsto no art. 37 VII, da CRFB.

Por sua vez, o quarto capítulo versa sobre questões dogmáticas acerca da diferença do que é o ativismo judicial e de judicialização das políticas públicas, pois o liame é tênue. Cita-se a importância da sua aplicação, tanto de forma positiva como negativa. Nessa esteira, citam-se algumas decisões proativas como: a exigência de fidelidade partidária e a regulamentação do direito de greve dos servidores públicos.

E, por fim, destacar se o ativismo judicial no controle difuso é a resposta correta diante da omissão. E finalizando comenta se a tentativa dos demais Poderes de reduzir os poderes da Corte por meio de Emenda.

1. STF E A SEPARAÇÃO DE PODERES. COMO SUPRIR A OMISSÃO LEGISLATIVA SEM FERIR O SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS?

O Supremo Tribunal Federal (STF) é o órgão de cúpula do Poder Judiciário. A ele, a Constituição de 1988 deu o papel de protagonista, ao ampliar suas competências, e fazê-lo guardião. Dessa forma, a Corte exerce o papel contramajoritário em relação às outras funções, com fito de tornar efetivo o sistema político-jurídico. Porém, o STF diante do constitucionalismo contemporâneo, busca não só garantir os direitos fundamentais, mas também dar-lhes concretude perante a omissão inconstitucional. Sendo assim, para compreender a importância das decisões do Tribunal na implementação de políticas públicas e como essas repercutem diretamente na Separação de Poderes, que deságuam na crise de representatividade, tem-se de se analisar o histórico da Corte, com o objetivo de delimitar o seu campo de atuação na Jurisdição Constitucional.

1.1 Notas introdutórias relevantes sobre a atuação do STF

A primeira tentativa de elaboração da Carta datou de 1822 a 1831. D. Pedro I, príncipe regente à época, solicitou uma Assembleia Nacional Constituinte e Legislativa, porém essa contrariava seus próprios interesses, autoritários. Por esse motivo, ordenou o fechamento dessa¹. Selecionou, então, pessoas de sua confiança e outorgou a Constituição de 1824², apelidada de constituição da “mandioca³”.

A respectiva Carta estabeleceu quatro poderes: Legislativo, Executivo, Judiciário e Moderador. Entretanto, cabe ressaltar que D. Pedro era o chefe do Executivo, controlando tanto o Judiciário quanto o Legislativo, por sua vez subordinados ao Poder Moderador.

¹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p.88.

² BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil de 25 de março de 1824. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em 17 set. 2015.

³ A Constituição de 1824 recebeu o apelido de constituição da mandioca, porque o voto era censitário, ou seja, para votar e ser votado o cidadão precisa ter renda mínima, que era mensurado pela produção de mandioca.

Porém o art. 163, da Carta Imperial⁴, previu a criação de um Tribunal. Assim, o órgão foi criado em 1829, acunhado inicialmente de Supremo Tribunal de Justiça, composto por dezessete juízes, todavia com competência limitada aos fundamentos dos recursos de revistas e das ações penais⁵.

Posteriormente à Proclamação da República, o Decreto n. 510⁶, de 22 de junho de 1890, mudou a nomenclatura do Tribunal e passou a denominá-lo de “Supremo Tribunal Federal”. Tal expressão subsistiu no Decreto n. 848⁷, de 11 de outubro do mesmo ano e na Carta de 1891⁸. Era, naquele momento, constituído por quinze juízes, nomeados pelo Presidente da República, com posterior aprovação do Senado⁹. Àquele foi atribuído aferir a constitucionalidade, por meio do recurso especial, e o único remédio conhecido era o *Habeas Corpus*. Em decorrência, esse foi estendido à liberdade de cátedra e à liberdade de culto, por se entender que esses estavam vinculados à liberdade de locomoção¹⁰.

Em sequência, em 1930, o Tribunal recebeu o apelido de Corte Suprema, teve o número de membros reduzido para onze e foi dividido em duas turmas. Contudo, teve a sua competência ampliada, no âmbito do controle de constitucionalidade, sendo instado a suspender as Leis que fossem declaradas inconstitucionais, a cargo do Senado Federal. No mais, coube-lhe também a apreciação do decreto de intervenção para sua execução.

Diante do histórico e dos avanços, veio a ordem de 1934¹¹, que inseriu o Mandado de Segurança para tutelar direito líquido e certo não amparado por *Habeas Corpus*¹².

Sem demora, veio a Constituição de 1937¹³ que ficou conhecida como “Constituição Polaca”, pois foi baseada na Constituição da Polônia e no modelo fascista, imposta aos brasileiros em seguida ao “golpe do Estado Novo”. Na verdade, um retrocesso social, porque restringiu diversos direitos fundamentais.

⁴ Vide nota 2.

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfHistorico>>. Acesso em: 10 set. 2015.

⁶ BRASIL. Decreto 510 de 22 de junho de 1890. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=510&tipo_norma=DEC&data=18900622&link=s>. Acesso em 10 set. 2015.

⁷ BRASIL. Decreto n. 848 de 11 de outubro de 1890. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d848.htm>. Acesso em 10 set. 2015.

⁸ BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso 10 set. 2015.

⁹ Vide nota 5.

¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira, *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.947-948.

¹¹ BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em 10 set. 2015.

¹² MENDES, op. cit., p. 947-948

¹³ BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em 10 set. 2015.

Subsequentemente foi promulgada a Carta de 1946¹⁴, que retomou e consagrou as liberdades expressas na Constituição de 1934¹⁵, antes suprimidas em 1937¹⁶. Foi considerada avançada para época, visto que tutelava a democracia e direitos individuais. Em relação ao Supremo, foram mantidos onze ministros, mas o número poderia ser elevado por proposta do próprio Tribunal.

Todavia, o país sofreu o golpe militar de 1964. A Carta foi retalhada e descaracterizada, por ter recebido diversas emendas. Logo, veio a ordem de 1967¹⁷ que, na esfera do órgão judicial, majorou o número de ministros para dezesseis, diversos direitos foram tolhidos, inclusive direitos políticos foram cassados e a magistratura teve suas garantias extirpadas. A Emenda Constitucional n. 1 de 1969¹⁸ diminuiu o número de componentes novamente para onze. Mais uma vez, o papel político da Corte foi reduzido drasticamente.

Após a saída dos militares, o país passou por um processo de redemocratização. Por fim, adveio a Constituição de 1988¹⁹, que apesar dos avanços e do destaque dado à Corte, manteve resquícios anteriores, o Tribunal ainda sofreria influências dos demais Poderes quanto à escolha dos seus membros.

Desse modo como pode a Corte atuar sem abalos dos demais Poderes, quando fere os interesses desses, ao garantir, por exemplo, a Dignidade da Pessoa Humana e o Mínimo Existencial²⁰? Outrossim, como agir de forma ativa, concretizando direitos, sem ofender a tripartição de Poderes?

¹⁴ BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em 13 out. 2015.

¹⁵ Vide nota 11.

¹⁶ Vide nota 13.

¹⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em 13 out. 2015.

¹⁸ BRASIL. Emenda Constitucional n. 1 de 17 de outubro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em 13 out. 2015.

¹⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 13 out. 2015.

²⁰ JONH RAWLS apud BRASIL. Supremo Tribunal Federa. RE 567.985/Mato Grosso. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianticiastf/anexo/re567985.pdf>>. Acesso em 13 out. 2015.-

1.2 Princípios que referendam a Separação de Poderes

O pensador grego Aristóteles já previa a tripartição dos poderes. Em sua obra “A Política”, inclusive, admitia a existência de três órgãos, a quem as decisões políticas do Estado cabiam. Evidentemente, tal sistema não visava conter os abusos, até porque, à época, o poder estava centralizado nas mãos de um soberano²¹.

Por sua vez, John Locke, na obra “Segundo Tratado do Governo Civil”, cuidou do assunto, dividindo-o em: Legislativo, Executivo e Federativo. Mas a teoria ficou realmente consagrada com o pensador francês Montesquieu, em sua obra “O Espírito das Leis”, porque não se ateve apenas à identificação mas também à sua sistematização. Afirmou que as esferas dos poderes estavam conectadas entre si, todavia eram exercidas de forma autônoma e independente. Desse modo, distinguiu a divisão funcional da divisão orgânica²².

Em decorrência, o texto constitucional adotou a concepção tripartite, art. 2 da CRFB²³. Contudo, essa rigidez vem sendo, paulatinamente relativizada, pelo dinamismo social. Hoje as funções se desenvolvem de forma típica e atípica, e se fiscalizam mutuamente.

Tal atuação foi denominada, na doutrina norte americana, de sistema de freios e contrapesos, *checks and balances*. Dallari²⁴, em seu livro, aduz que o objetivo fundamental é combater a concentração de poderes e conseqüentemente limitando o poder do Estado.

Pelas velhas teorias da divisão de Poderes estatais, incumbia ao executivo o presente, por atuar concretamente na resolução dos problemas de hoje; ao legislativo, incumbe o futuro, legislando e resolvendo o amanhã; ao judiciário incumbia o passado. A subsunção dos fatos já acontecidos à lei já posta era a atividade por excelência do jurista. O neoconstitucionalismo propõe novo figurino ao jurista alcançando o futuro. O direito constitucional se preocupa de preencher os espaços possíveis e de ponderar princípios múltiplos²⁵.

O constitucionalismo sofre o abalo do pós-guerra, pois ficara nítida a violação de direitos fundamentais, tendo como marco o Tribunal de Nuremberg²⁶. À vista disso, o constitucionalismo foi repaginado, pela necessidade de reaproximar o Direito e a Moral, baseado nas ideias de Dignidade da Pessoa Humana de Kant.

²¹ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 385.

²² *Ibid.*

²³ Vide nota 19.

²⁴ DALLARI, Abreu Dalmo, *Elementos de teoria Geral do Estado*. 32. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p.213

²⁵ MASCARO, Alysson Leandro *et al. Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do Passivismo ao Ativismo Judicial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 44.

²⁶ PUPO, Sérgio Tadeu. *O Tribunal de Nuremberg Entre: O Positivismo e o Jusnaturalismo* disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c7b4bb942f0b5d48>>. Acesso em: 08. fev.2016. Não se pode legitimar as ações nazistas com base na legalidade, visto que essas violam direitos supraplegal.

Em outras palavras: nem tudo que é legal é sempre justo, portanto o direito também deve se aproximar da ética.

Já no contexto brasileiro, a Lei Maior buscou mecanismos para tutelar o Estado Democrático de Direito. Entretanto, a falta de densidade normativa das normas de eficácia limitada e a de conteúdo programático prejudicam a concretização dos direitos fundamentais. Com efeito, equipara-se a ideia de Ferdinand Lassalle, de que a Carta Magna não passa de uma mera folha de papel.

Ademais, à proporção que o tempo passa, a omissão da regulamentação da norma gera a erosão da força normativa da Constituição, levando à insinceridade constitucional, como bem cita Barroso, havendo, portanto, diferença entre “intenção do querer” e “gesto de fazer”. Essa situação gera a síndrome da inefetividade das normas constitucionais, levando os cidadãos a descreverem em sua própria Constituição.

Entretanto, tal fato pode ser superado com o reconhecimento da força normativa, imbuída do estado espiritual *Geistige Situation* de seu tempo²⁷, superando os conceitos do iluminismo, adicionado à expansão da jurisdição constitucional.

À vista disso, desenvolveu-se nova dogmática interpretativa, consolidando a teoria dos direitos fundamentais orquestrados na Constituição, legitimando regras próprias de interpretação e aplicação.

Por conta disso, a Corte passou a interferir, de forma efetiva, em questões atinentes aos demais Poderes nos casos de omissão, o que nem sempre é bem-visto. Tanto é assim, que derroca na crise da democracia representativa podendo ser interpretada da seguinte forma: o Legislativo não aprova leis que representam a vontade do povo, mas somente aquelas que refletem os seus interesses.

O Executivo acaba criando normas, por meio de medidas provisórias, que geralmente não refletem o interesse social e, via de regra, não é urgente. Já o Judiciário, muitas vezes, é submisso aos demais Poderes que disponibilizam de mecanismos de retaliação, como se depura da leitura do art. 101, parágrafo único da CRFB²⁸. Então, os membros são escolhidos e nomeados pelo Presidente, depois de aprovados por maioria do Senado Federal²⁹.

Portanto, “como ser imparcial perante a quem te escolhe”, mesmo que a Carta endosse tal posicionamento?

²⁷ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris. 1991. p. 03/12

²⁸ Vide nota 19.

²⁹ CAVAZZANI, Ricardo Duarte. *Crise da Democracia e o Reflexo na Separação de Poderes: O Enfraquecimento do Estado*. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista12/criseRicardo.pdf>>. Acesso em: 08 fev. 2016.

Quando se trata de políticas públicas, o Judiciário agiganta-se, contrariando às outras instituições, mas, em outros momentos excede ao dar à última palavra.

Em consequência, é mister entender a atuação da Corte na concretização das normas que cuidam dos direitos fundamentais, porque é diante dessas que o Judiciário se torna um legislador positivo atípico criando um impasse de quem pode mais.

Em resumo, a crise de representatividade põe em cheque a Separação de Poderes. Então, como legitimar a implementação de políticas públicas diante do Regime Democrático de Direito? Além disso, quais os direitos são carecedores de proteção em face da omissão?

1.3 Teoria da Omissão Inconstitucional

A Omissão Inconstitucional não é um fenômeno recente e tem repercussão no direito comparado, principalmente nos países que adotaram o sistema romano-germânico. Entre eles, Alemanha, Itália, Espanha e outros.

No sistema alemão, a omissão ganhou contornos a partir de 1951, pois, até então, não se compreendia que o Legislativo tinha a obrigação de editar normas. Assim, a Corte Constitucional Alemã negou o recurso constitucional contra a omissão legislativa, em um caso de pensão previdenciária, mesmo sem haver previsão legal em seu ordenamento³⁰.

Já na Itália, a sua Corte proferiu a primeira decisão em perfil aditivo, quando o Conselho de Magistratura se submetia à provocação do Ministro da Justiça. Por consequência, tal fenômeno se repetiu várias vezes e passou a ser a via preferencial de supressão de inconstitucionalidade³¹. A Espanha também conta com o controle de constitucionalidade de ato contra a omissão em si. Nessa, o *lide case* foi quando o Tribunal supriu a omissão parcial do legislador, por ofensa ao princípio da igualdade, estendendo o direito de pensão aos viúvos³².

No Brasil, só a partir de 1988 que a Carta admitiu o controle das Omissões Inconstitucionais, instituindo mecanismos para suprimi-la.

³⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Abstrato de Constitucionalidade: ADI, ADC e ADO*. 1º São Paulo: Saraiva. 2012, p 356/375. BVerfGE, 1, 97(100). O documento cuida da queixa constitucional e sua rejeição.

³¹ Ibid. Sent.168/1963. Disponível em:< <http://www.giurcost.org/decisioni/1963/0168s-63.html>> Acesso em: 08.fev.2016.

³² Ibid. Sent.103/1987. Disponível em:<http://www.academia.edu/19545806/Los_derechos_sociales_y_el_principio_de_igualdad_sustancial>. Acesso em: 08.fev.2016.

Assim, foram esses o Mandado de Injunção, art. 5, LXXI³³ e da Ação direta de Inconstitucionalidade por Omissão, art. 103,§2³⁴. As omissões podem ocorrer de forma absoluta, quando há inefetividade total da norma constitucional. Ou, ainda, de forma parcial, quando a inefetividade constitucional se dá pelo cumprimento imperfeito ou insatisfatório do dever de legislar, seja por uma ação, seja por omissão.

Por derradeiro, para Gilmar Mendes, a omissão se revela por meio de um dever não cumprido, que decorre tanto de comandos explícitos da carta, como de decisões fundamentais no processo de interpretação.

De certo, a Constituição é a norma fundamental e a ela cabe cuidar da organização e da estruturação dos Poderes, de tal forma que a omissão inconstitucional, perante a direitos fundamentais, fere a supremacia e sua força normativa. Assim sendo, Dirley da Cunha Jr³⁵ afirma que a omissão é tão grave quanto o agir em dissonância com o texto.

Com o propósito de tolhê-la, foram criados mecanismos jurídicos para combatê-la, pela via ou do controle concentrado ou do difuso. Insta salientar, ainda, que não é qualquer “não fazer” que a constitui, pois o legislador dispõe de discricionariedade, mas, quando a Carta determina uma atuação e essa se abstém de maneira ilegítima, é nesse caso que se configura a referida omissão.

Ora, a inércia pode ocorrer no âmbito dos três Poderes: normativo, político-administrativo e judicial. No primeiro, existem remédios variados, destacam-se o mandado de segurança e ação civil pública.

No segundo, a seu turno, encontra-se reparação no sistema de recursos instituídos no direito processual, portanto sanadas no campo interno. Dessa forma, o tratamento constitucional da inconstitucionalidade, por omissão, refere-se às de cunho normativo³⁶, portanto esse controle da omissão judicial é realizado pela via do controle concentrado ou difuso.

Por consequência, o STF sempre adotou a postura de legislador negativo, seguindo os parâmetros da Constituição. Só que uma violação por um não fazer perante um direito fundamental fere a supremacia da Constituição. A Carta o elegeu como guardião, então como o Supremo deve agir percebendo que o legislativo, apesar de comunicado, após prazo razoável, nada faz, adotando, assim, uma postura negativa?

³³ Vide nota 19.

³⁴ Ibid.

³⁵ CUNHA Júnior Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 311

³⁶ BARROSO, Luíz Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Brasil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva. 2012. p.56

Desse modo, em alguns casos, o STF passou a agir de forma positiva, o que se denominou de “virada concretista”. Aliás, essa atuação pode ser considerada uma exceção que rasga o art. 52, X da CRFB³⁷.

1.4 A Omissão Inconstitucional perante os direitos fundamentais e o seu Controle nas vias Concentrada e Difusa

Os direitos fundamentais têm seu núcleo essencial no rol do art.5º da CRFB³⁸, mas esse artigo não é taxativo. Segundo o STF, há direitos fundamentais fora do referido âmbito, inclusive em norma infraconstitucional.

Então, o que é um direito “fundamental”? Segundo José Afonso da Silva³⁹, são aquelas prerrogativas e instituições que se concretizam numa convivência digna, livre e igual a todos, sem as quais a Pessoa Humana não se realizaria.

Os direitos fundamentais foram surgindo gradativamente, em consonância com a evolução da teoria constitucional. Mas foi o polonês Karel Vazak o primeiro a propor uma divisão geração ou dimensão, dos direitos fundamentais, inspirado nos ideais da Revolução Francesa. Todavia, sua difusão ficou a cargo de Norberto Bobbio e, no Brasil, sua publicidade se deu por meio de Paulo Bonavides. Hoje, já se fala em quarta e quinta dimensão de direitos fundamentais.

Entretanto o STF⁴⁰ já decidiu que tais direitos se classificam em três gerações: de primeira os direitos individuais, de segunda os políticos e de terceira os sociais.

Nesse caso, pode-se dizer certamente que não há nada mais inconstitucional do que a omissão do legislador ordinário. Pois, essa impossibilita a concretização dos direitos fundamentais e desemboca na erosão da força normativa da Carta gerando a descrença do povo. Depura-se que esse *non facere, non praestare*, acaba respingando, por via oblíqua, no próprio judiciário, que não pode se imiscuir de julgar, por força do princípio da inafastabilidade das decisões, mesmo diante da ausência de norma, visto que compromete a integridade na concretização dos direitos fundamentais.

³⁷ Vide nota 19.

³⁸ Ibid.

³⁹ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros. 1995. p, 174.

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inf.608. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo608.htm#transcricao1>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

Além disso, o STF tem a função precípua de garantir o bem-estar do homem, assegurando-lhe, como ponto de partida, sua própria dignidade. Por isso, a própria Constituição prevê mecanismos para a proteção da Pessoa Humana, sejam por via indireta controle difuso ou por via direta controle concentrado⁴¹.

Isso posto, cumpre destacar que as formas de controle, no Brasil, dão-se por um sistema híbrido, inspirado nos modelos anglo-saxão, Estados Unidos e Reino Unido, e o europeu-continental. O primeiro é também denominado de "sistema aberto" e, nele, todos os órgãos do Poder Judiciário realizam o controle. Já o segundo é conhecido por "sistema reservado", adotado inicialmente na Áustria, sendo de exclusiva competência da Suprema Corte⁴².

O sistema concentrado disponibiliza das: Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade (ADIs), as Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs), as Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão (ADOs) e as Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPFs). Já as ações, por via oblíqua, materializam-se por meio dos seguintes mecanismos: (1) Mandado de Injunção, (2) Mandado de Segurança, (3) Ação Popular, (4) Reclamação Constitucional, (6) *Habeas data*, (5) *Habeas corpus* e (6) Ação Civil Pública.

Importante frisar que a principal diferença dos sistemas de controle concentrado e do sistema difuso é que o primeiro tem efeitos *erga omnes*, não há partes, é um processo objetivo, só o STF faz esse tipo de controle e os legitimados estão na Lei, seus efeitos são *ex tunc*.

Por força da Carta, a Corte, no sistema concentrado, após o trânsito em julgado da decisão, comunica o resultado ao Senado, para que esse, sim, suspenda a norma por meio de resolução. Já no sistema de controle difuso, qualquer órgão pode proceder ao referido controle e a questão prejudicial é julgada para afastar a norma, não é o mérito da ação então, seus efeitos são *inter partes*⁴³.

Portanto, normalmente a Corte, em consonância com o que dispõe o texto constitucional, deve agir como legislador negativo.

⁴¹ NOTÍCIAS STF. *Modelo híbrido de controle de constitucionalidade garante mais celeridade à Justiça brasileira*. Brasília, 2009. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=115824>>. Acesso em: 02 nov. 2015.

⁴² OLIVEIRA. Fabrício Ferreira de Oliveira. *Efeito erga omnes no controle difuso (aberto) de constitucionalidade*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/39249/efeito-erga-omnes-no-controle-difuso-ou-aberto-de-constitucionalidade>>. Acesso em: 16 fev. 2016.

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias. Disponível

em:<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=115824>>Acesso em: 02 nov.2015.

Na medida em que o Legislativo, conforme anteriormente mencionado, se omitir, viola o que está designado no texto e por consequência o órgão julgante, por provocação do jurisdicionado é impelido a agir.

Em decorrência, o Supremo, em alguns de seus julgados alterou o seu entendimento. Percebe-se isso, por exemplo, no RE 197.917⁴⁴, no HC. 82.959⁴⁵ e do STJ REsp 828.106⁴⁶ que cuidaram da progressividade do regime de cumprimento de pena, nos crimes hediondos. Intitulado pela doutrina de tese da Transcendência dos Motivos Determinantes, sustentou a existência de mutação do art. 52, X da CRFB⁴⁷ por conta da reformulação do sistema jurídico.

Ora, afirmar que houve mutação sem alterar o art. 52, X e o art. 97 ambos da CRFB⁴⁸ é transformar o Senado Federal em órgão de simples publicidade da decisão.

Inadmiti-la, contudo, significa que ao STF não foi dado o poder de reforma da emenda 45/2009⁴⁹ e a Corte não passa de uma mera informante. Observe-se que no caso do HC 82.959 se editou a SV 26/2009⁵⁰, que, por sua vez, reconheceu a inconstitucionalidade do art. 2.º, parágrafo 1º, da lei de crimes hediondos⁵¹ que determinava que a pena fosse cumprida em regime integralmente fechado⁵².

A tese da mutação, apesar de coerente, não foi adotada, por só ter contado com dois votos, nesse que quatro Ministros encaminharam seu raciocínio no sentido da inconstitucionalidade. Apesar disso, essa decisão deu suporte a outro entendimento relativo aos efeitos *ex nunc*, no que tange à via difusa.

Insta ressaltar, ainda, que a decisão proferida em 1º grau pode-se submeter ao reexame da Corte. Torna-se, pois, suscetível de análise pelo órgão especial, com base no art. 97 da CRFB⁵³, podendo declará-la inconstitucional.

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/adi3345.pdf>>. Acesso em 10 fev.2016.

⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: < www.stf.jus.br/noticias/imprensa/VotoGilmarHC82959.pdf>. Acesso em 10 fev. 2016.

⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7161058/recurso-especial-resp-828106-sp-2006-0069092-0/inteiro-teor-12885789>>. Acesso em: 10 fev.2016.

⁴⁷ Vide nota 19.

⁴⁸ Vide nota 19.

⁴⁹ BRASIL. Emenda Constitucional n. 45 de 30 de Dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em 20 jun. 2016.

⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1271>>. Acesso em: 10 fev.2016.

⁵¹ BRASIL. Lei n. 8072, de 25 de julho de 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8072.htm>. Acesso em 10 fev. 2016.

⁵² LENZA. Pedro. *Carta forense*. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/abstrativizacao-do-controle-difuso-o-senado-transformou-se-em-um-mero-menino-de-recado-o-stf-reconheceu-a-mutacao-constitucional-do-art-52-x/13769>>. Acesso em: 09 fev. 2016.

⁵³ Vide nota 19.

Esse artigo cuidou da cláusula de plenário ou *full bench*, que significa dizer que essa irradia e vincula os órgãos de 1º grau. Logo, pode excepcionalmente atingir terceiros em razão da repercussão geral instaurada na própria matéria.

Nessa senda de pensamento, percebe-se, aí, que o controle pode ter efeito *ex tunc* e *ex nunc*. No seguinte contexto da decisão que vincula a todos, apresenta-se como *ex tunc*, mas quanto ao Senado e ao próprio STF, manifesta-se como *ex nunc*, já que não pode vincular o primeiro sob pena de ferir a separação de poderes e, no segundo caso, fossilizariam as decisões da corte.

1.5 Considerações sobre a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão, Mandado de Injunção e Ação de Descumprimento Fundamental

A Ação de Inconstitucionalidade por omissão encontra amparo nos artigos 103, inciso I a IX, e §2º, da CRFB⁵⁴, bem como nos artigos 12-A ao 12-H da Lei nº 9.868/99⁵⁵. Essa integra o controle concentrado que tem, por escopo, suprimir a omissão legislativa. Por derradeiro, no que tange aos efeitos, o STF, amparado no Direito Alemão, procurou utilizar técnicas de decisão adequadas.

Por óbvio, há latente preocupação com essas técnicas, vista que essas podem ocasionar sérios abalos à Tripartição de Poderes. Em decorrência, o Brasil não reportou à Corte a tarefa de substituir o legislador tolhido às omissões inconstitucionais.

Entrementes o imbróglgio esteja vivo, aceitar não haver, no âmbito do controle de constitucionalidade, instrumento que conceda a efetiva tutela dos direitos fundamentais, no caso de inércia do legislativo, significa amparar o retrocesso no sistema de controle. Assim, faz-se necessário inquirir o alcance da decisão proferida em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, que, a seu turno, equipara-se a do Mandado de Injunção⁵⁶.

⁵⁴ Vide nota 19

⁵⁵ BRASIL. Lei n. 9868/99, de 10 de novembro de 1999. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9868.htm>. Acesso em 17 fev. 2016.

⁵⁶ FLACH. Daisson. *Ação direta de inconstitucionalidade por omissão: primeiras notas sobre a Lei 12.063/2009*. Disponível em:< <http://www.tex.pro.br/home/artigos/257-artigos-nov-2013/6335-acao-direta-de-inconstitucionalidade-por-omissao-primeiras-notas-sobre-a-lei-12-063-2009#ftn50>>. Acesso em: 17. fev. 2016

Porém, a orientação mudou, inclusive no caso de ADI por omissão 3.682⁵⁷, em que o STF julgou inconstitucional a inércia do legislador quanto ao dever de elaborar a lei complementar a que se refere o § 4º do art. 18 da, CRFB⁵⁸ que cuidava da criação de novos municípios.

Nesse caso, o Tribunal estabeleceu o prazo de 18 meses para a sanção da omissão por parte do Congresso Nacional, diante da fixação de um parâmetro temporal razoável, tendo em vista o prazo de 24 meses determinado nas ADI n.ºs. 2.240⁵⁹, 3.316⁶⁰, 3.489⁶¹ e 3.689⁶².

Com isso, respeitou-se a realidade dos Municípios, modulando os seus efeitos com base no art. 27 da Lei 9868/99⁶³. Contudo, a celeuma quanto aos limites da atuação do poder jurisdicional persiste, pois, a doutrina entende que a sentença tem eficácia mandamental.

Então, na realidade, não há imposição, tampouco sanção pelo descumprimento. Portanto tal decisão motiva, sem dúvida, o ceticismo geral em relação à efetividade da ADOs e, possivelmente, elas não passam de instrumento a serviço da mera pressão política.

No entanto, em que pese o quadro anterior à jurisprudência do STF, deve-se observar que ele vem mudando de posição quanto ao Mandado de Injunção, adotando a teoria concretista. Como marcos importantes, destacam-se as decisões proferidas nos MI 670/DF⁶⁴ e MI 708⁶⁵, ambos de relatoria do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, e no MI 712/DF⁶⁶ relatado pelo Ministro Eros Grau, que será objeto do presente trabalho, em momento oportuno.

Já no caso da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), pode-se observar, resumidamente, seu escopo na tentativa de evitar ou reparar lesão a preceito fundamental decorrente da Constituição, sendo resultante de qualquer ato ou omissão do Poder Público.

⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=485460>>. Acesso em 17 fev. 2016.

⁵⁸ Vide nota 19.

⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=474616>>. Acesso em 17 fev. 2016.

⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=469700>>. Acesso em 17 fev. 2016.

⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=474624>>. Acesso em 17 fev. 2016.

⁶² BRASIL. JusBrasil. Disponível em <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14718832/embdeclna-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3689-pa>>. Acesso em 17 fev. 2016.

⁶³ Vide nota 55.

⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549>>. Acesso em 17 fev. 2016.

⁶⁵ BRASIL. JusBrasil. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14725991/mandado-de-injuncao-mi-708-df>>. Acesso em 17 fev. 2016.

⁶⁶ BRASIL. JusBrasil. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2926757/mandado-de-injuncao-mi-712-pa>>. Acesso em 17 fev. 2016.

Também se aplica quando o fundamento da controvérsia constitucional cuidar de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal anteriores à Constituição⁶⁷.

Possui caráter subsidiário. No mais, as decisões, proferidas em sede de ADPF, possuem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. Perceba-se que os legitimados são os mesmos que propõem a Ação Direta de Constitucionalidade e Inconstitucionalidade. A competência para o julgamento é do STF, com previsão legal no artigo 102, §1º, da CRFB⁶⁸ e na Lei nº 9.882/99⁶⁹.

Dessa maneira, o controle da omissão busca a implementação da norma, a fim de que ela tenha efeito pleno, mas, de acordo com o que já foi mencionado, tais ações, por força do equilíbrio e harmonia dos Poderes, permanecem no limbo no que tange a omissão.

É nesse contexto que, intimada a se manifestar e sem ter a resposta devida, a Corte, amparada no direito alienígena passou a adotar uma posição concretista no que afeta a direitos fundamentais.

Assim, foi a ADPF 45⁷⁰ que tratou de políticas públicas, a ADPF 54⁷¹ que tratou da questão do feto anencefálico e ADPF 132⁷² dentre tantas. Por fim, como deixar tais questões tão importantes ao léu, sem a devida resposta?

Entretanto, muitas vozes contrárias denominarão o procedimento da Corte como ativismo jurídico. Na verdade, desconhecem a essência do instituto e buscarão teses para criticar, alegando falta de representação legal dado pelo titular do direito que é o povo, enquanto outros alegarão a ofensa entre o equilíbrio dos Poderes, crise vivenciada hodiernamente, pela sociedade. Porém, atualmente a questão encontra respaldo na Supremacia da Constituição.

Mas, como dizer a uma mãe, que espera pela chegada de um filho que padece de uma doença congênita ou até mesmo natimorto, que ela não pode interromper sua gravidez?

⁶⁷ BRASIL. DireitoNet. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/dicionario/exibir/1130/Arguicao-de-Descumprimento-de-Preceito-Fundamental-ADPF>>. Acesso em: 17 fev. 2016.

⁶⁸ Vide nota 19.

⁶⁹ BRASIL. Lei n. 9882/99 de 3 de dezembro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm>. Acesso em: 17 fev. 2016.

⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>. Acesso em: 17 fev. 2016.

⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>>. Acesso em: 17 fev. 2016.

⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 17 fev. 2016.

E mais, como explicar, diante da dinâmica da sociedade, que não há norma que permita o casamento entre pessoas do mesmo sexo ou, ainda, que o particular possa fazer greve, mas esse direito é vedado ao servidor público, por ausência de lei? São questões que indubitavelmente, violam a isonomia e ferem a dignidade da pessoa humana. Então, como prolatar a última palavra sem se adotar uma postura proativa, mesmo que isso signifique ativismo judicial, recebendo apenas outro nome pomposo?

2. APLICAÇÃO DA TEORIA DOS PRECEDENTES NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DAS POLÍTICAS PÚBLICAS OFENDE A SEGURANÇA JURÍDICA?

Hodiernamente é fato notório que o Brasil passa por uma crise no campo político, econômico e jurídico. Em consequência, insegurança e instabilidade se instalam, em todas as esferas de poder. Porém, ressalta-se que a Corte, mesmo diante desse quadro, vem sendo instada a resolver problemas entre o Legislativo e o Executivo, por exemplo: o caso do *impeachment* da presidente, nesse sentido o STF na ADPF 378⁷³ definiu o rito e a validade dos dispositivos da Lei 1.079/50⁷⁴. Logo, se percebe a importância das decisões ao longo dos pontos já esposados.

Todavia, nem tudo é glória: a falta de comprometimento do Legislativo, o aumento das demandas em massa e a necessidade da duração razoável do processo fizeram com que a Corte atuasse como espécie de revisora das instâncias inferiores, ou (1) porque a interpretação da norma se fizesse de forma a contrariar a sua jurisprudência ou (2) quando, por via oblíqua, por força do princípio da inafastabilidade das decisões, violam-se direitos fundamentais, por ausência de norma. Nesse sentido, ADI4277⁷⁵, ADPF 132⁷⁶ união homoafetiva e ADI 4234⁷⁷ saúde e medicamentos.

Posto isso, não há dúvidas de que o sistema não é mais o da *civil law* “puro”. Tanto assim o é que a Corte acaba por criar regras de interpretação que, por vezes, inovam na ordem jurídica.

Mas isso não significa que as instâncias ordinárias irão interpretar no mesmo sentido da Corte, até porque isso fere o livre convencimento motivado do juiz. Por outro lado, o STF ao importar os conceitos do *common law*, faz com que se reaprecie o conceito de jurisdição clássico, diante do caso concreto.

⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf__378__ementa_do_voto_do_ministro_roberto_barroso.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2016.

⁷⁴ BRASIL. Lei n. 1079 de 10 de abril de 1950. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1079.htm>. Acesso em: 31 mar. 2016.

⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627236/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4277-df-stf>>. Acesso em: 31 mar. 2016.

⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?IdConteudo=178931>>. Acesso em: 31 mar. 2016.

⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4133566/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4234>>. Acesso em: 31 mar. 2016.

E é nesse contexto que a jurisprudência ganha tanta relevância quanto à lei.

Entretanto, como nada é perfeito, ao aplicar o sistema de precedentes, surgem diversos questionamentos: com base no art. 93, IX, da CRFB⁷⁸ toda decisão jurídica deve ser motivada, porém quando se obriga um magistrado ou tribunal a decidir no mesmo sentido da Corte, não seria dizer que uma vez “decidido não se deve mexer”? Isso não configura a ideologia do conceito com pretensão de aprisionar os fatos de antemão? Nesse contexto, pode ser considerada uma mácula a motivação, já que o juiz deixar de ser “escravo” da lei para ser do precedente, visto que a interpretação deve caminhar em um só sentido?

Além do mais, ao selecionar quais os direitos são passíveis de tutela, a Corte não estaria violando a função contramajoritária? Pior, ao selecionar direitos por meio da repercussão geral, não se está negando o acesso à justiça garantido no art. 5, XXXV da CRFB⁷⁹? E mais, a repercussão geral pode ser considerada uma cláusula de barreira? Como fica a questão da segurança jurídica? E, finalmente, qual a natureza da súmula vinculante? Esses são alguns dos desafios enfrentados pela nossa Corte, nos dias hodiernos.

2.1 Teoria dos Precedentes: entre regras e exceções

O sistema híbrido tem por base o estudo das duas famílias jurídicas, quais sejam, a da *civil law* e do *common law* que estão de certa forma ligados ao direito jurisprudencial, mas o precedente assume um papel diverso nos dois sistemas⁸⁰. A *civil law* ou direito romano-germânico é formada pela regra escrita, positivada onde a fonte primária é a lei, sendo a autoridade máxima para construí-la, o Poder Legislativo. Nesse diapasão, pode-se dizer que a cláusula de acesso à justiça se dirige ao legislador.

A família da *common law*, a seu turno, foi abarcada no sistema brasileiro, por vários fatores, como o fenômeno da globalização, que aproximou as culturas, a crise das instituições, o neoconstitucionalismo na efetivação de direitos fundamentais dentre outros, que levaram ao STF a importar e aplicar conceitos da *common law*. Por isso se diz que o nosso sistema é híbrido.

⁷⁸ Vide nota 19.

⁷⁹ Ibid.

⁸⁰ STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é Isto - O Precedente Judicial e as Súmulas Vinculantes*. 2.ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2014. p.19/79

Por outro lado, não se deve confundir o sistema da *common law* e do *stare decisis doctrine*. Vale a pena a elucidação dos parâmetros que os norteiam, pois auxiliam na formação de juízo de valor, seja esse positivo ou negativo sobre a sua aplicação. Então, em síntese, o *common law* é originário da Inglaterra e é fruto das decisões dos tribunais, baseado no direito comum, que, ao longo dos anos passou por várias mudanças.

Nesse sistema, os juízes depositam muita confiança nos julgamentos anteriores de casos semelhantes, o que deu origem à doutrina do precedente judicial⁸¹. Mas, como se afirmou, passou por transformações ao longo do tempo e sofreu a influência do *equity*, e a ele se uniu. O *equity* era uma espécie de recurso, utilizado pelo rei, para controlar as injustiças no caso concreto⁸².

Tal sistema foi o adotado também pelo direito norte americano, mas sofreu transformações culturais e sociais. Logo, contém marcos próprios, podendo ser considerado um sistema de *common law sui generis*. Inclusive nesse sistema há código civil e de processo civil que recebem o nome de estatutos e que são considerados fontes primárias, desde que interpretados pelos tribunais⁸³.

Em decorrência dessa evolução, surgiram os precedentes na teoria do *stare decisis*, originário da Inglaterra, baseado no direito costumeiro que é declarado, reconhecido ou criado, e que se explica pelo seguinte ditado: “deixar quieto o que já foi decidido e não alterá-lo”⁸⁴. Dessa forma, não se deve confundir o precedente no sistema da *common law* com o do *stare decisis*.

O primeiro é composto de dois elementos: a *ratio decidendi*, enunciado que levou à decisão no caso concreto, e a *obiter dictum*, que corresponde a um argumento ou fragmentação jurídica. Aqui o papel do precedente não é só dirimir determinada controvérsia, mas estabelecer um precedente vinculante com força para o futuro, para que esse venha a ser aplicado da mesma forma, com o objetivo de buscar um direito uniforme, independente das partes envolvidas. Sob esse prisma, o precedente é uma decisão de um tribunal com aptidão de ser reproduzida por tribunais inferiores.

⁸¹ Ibid.

⁸² Ibid.

⁸³ CARNEIRO, Amílcar Araújo Junior. apud LIMA, Augusto César Moreira. *Direito Jurisprudencial*. V. 2. São Paulo: Revistas dos tribunais, 2014, p.71.

⁸⁴ Idem. apud MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Direito Jurisprudencial*. V.2 São Paulo: Revistas dos tribunais, 2014, p.71

Em contrapartida, o precedente no *stare decisis* busca um padrão nas decisões, estreitando a imprevisibilidade e a previsibilidade da justiça, afastando o juiz da impessoalidade e do pré-conceito de forma a evitar decisões contraditórias para o mesmo caso, ou seja, das mesmas questões legais.

Na common law, independente das partes envolvidas, a sua *ratio decidendi* possui força obrigatória, pois é o ponto central da decisão. Em outras palavras, o precedente possui uma *holding*, que irradia o seu efeito vinculante para todo o sistema. Só que esse fato não decorre da Constituição nem da Lei, mas, sim da tradição. No *stare decisis* há uma tendência de se exigir certeza e segurança.

Por fim conclui-se que o *stare decisis* não é distinto da *common law*, mas se apresenta como uma de suas possíveis facetas, mais moderna. Além disso, hodiernamente não se pode dizer que a diferença do juiz da *common law* e o da *civil law* tem suporte no fato de que um criaria direitos e outro não. Na verdade, o conceito moderno de jurisdição⁸⁵ é mais amplo, visto que o juiz da *civil law* também exerce atividade criativa. Nesse diapasão, é descabida a ideia de que a interpretação da regra dos precedentes e o *stare decisis* seriam incompatíveis com a *civil law*.

Superadas tais premissas, cabe deixar claro que o modelo adotado é o do controle de constitucionalidade misto. Assim abrange o controle concentrado e o difuso, e, por consequência, o juiz brasileiro ocupa um lugar de destaque no sistema do *civil law*.

Em decorrência, tanto o juiz ordinário como o da Corte Suprema podem negar validade a uma Lei que esteja em descompasso com a Constituição. Tal controle pode ser pelas técnicas de interpretação, ou pela decisão de inconstitucionalidade, seja pela nulidade parcial ou para evitar uma omissão diante de um direito fundamental⁸⁶.

Nesse contexto, observe-se que, em qualquer outro sistema, haveria dificuldade de entender a possibilidade de um juiz de primeiro grau ou um tribunal divergir do STF, a quem compete à interpretação da Carta. Esse estabelece diretrizes em seus julgados, porém nem sempre suas decisões têm eficácia *erga omnes*.

⁸⁵ “É a função atribuído ao terceiro imparcial de realizar o direito de modo imperativo e criativo, reconhecendo, efetivando e protegendo situações jurídicas concretamente deduzidas (em juízo) em decisão insuscetível de controle externo e com aptidão para torna-se indiscutível”. DIDIER, Jr. Fredie. Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. ed.18. Salvador : Jus Podivm, 2016. p 155/156.

⁸⁶ ORTOLAN, Marcelo Augusto Biehl et al. Common Law, Judicial review e stare decisis: uma abordagem histórica do sistema de controle de constitucionalidade anglo-americano em perspectiva comparada com o sistema brasileiro. In___ *A Força Normativa dos Precedentes*. Salvador: Jus Podivm, 2012. p.33/40.

Tendo em vista, os aspectos observados na adoção dos precedentes, diante da não obrigatoriedade, podem coexistir decisões contrárias, fundamentadas na garantia do livre convencimento motivado, o que não se coaduna com a vinculação obrigatória dos precedentes.

Portanto, deduz-se que, em um país que adota o sistema difuso, não seria aconselhável negar eficácia vinculante aos precedentes, até porque a Corte deixa de ser a última palavra nas controvérsias constitucionais e passa a ser revisora das decisões de primeira instância⁸⁷.

Por isso, regras, e exceções, dos sistemas continuam a buscar respostas para questões que ainda estão aquém de serem respondidas. Como resultado, a Corte cada vez mais, importa e cria mecanismos para solucionar alguns desses questionamentos, como é o caso da repercussão geral e da súmula vinculante, tudo para dar concretude aos direitos de forma isonômica. Porém cabe advertir novamente que nem sempre o que é correto é justo.

Ora, antes de falar da repercussão geral e da súmula vinculante, faz se necessário distinguirmos alguns conceitos.

Primeiramente, o do precedente e o de jurisprudência. Observe-se que aqui o critério diferenciador é o quantitativo: aquele cuida de um caso particular enquanto esse se dirige a uma pluralidade de decisões⁸⁸.

Outro conceito relevante é o de jurisdição, na doutrina moderna, que pode ser entendido como “a função atribuído ao terceiro imparcial de realizar o direito de modo imperativo e criativo, reconhecendo, efetivando e protegendo situações jurídicas concretamente deduzidas, em juízo, em decisão insuscetível de controle externo e com aptidão para se tornar indiscutível⁸⁹”.

Nessa acepção, substitui a concepção declaratória, Chiovenda e Liebman⁹⁰ e a Constitutiva de, Carnelutti, Kelsen e Von Bulow⁹¹.

Com isso, o juiz analisa a norma geral, abstrata, com fundamento de interpretar conforme a Constituição, solucionando o caso concreto: o resultado da aplicação da norma abstrata é a criação da norma jurídica⁹².

⁸⁷ PEIXOTO, Ravi. *Segurança do Precedente e Segurança Jurídica*. Salvador.: Jus Podivm. 2015. p. 159.

⁸⁸ BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Súmulas do STJ comentadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.p. 32/36.

⁸⁹ DIDIER, Jr. Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 18.ed. Salvador : Jus Podivm, 2016.

⁹⁰ BASTO, Fabrício. *Teoria Geral dos Precedentes*. Disponível em:

<<http://portalf3juridico.com.br/AreadoAluno/MeusCursos/DetalheCurso/77406>> Acesso em: 05. maio.2016.

⁹¹ Ibid.

⁹² Ibid.

Em resumo, a função jurisdicional criou uma norma jurídica individualizada, porque usar aquele do caso concreto que será contida no dispositivo da decisão.

Logo a concepção mais moderna de jurisdição é que o juiz cria uma norma individualizada, a ser prevista no dispositivo da decisão como resultado da interpretação da lei e do controle de constitucionalidade, mas o mesmo pode ser dito nos casos de omissão legislativa.

Então, diante dos conceitos expostos, bem como do livre convencimento motivado, coexistem decisões contraditórias para a mesma questão de mérito, razão essa que embasou a aplicação da súmula vinculante e da repercussão geral. Logo, depura-se que esses podem ser interpretados como mecanismos de limitação à atividade criativa do juiz. Agora, como fundamentar essa limitação de forma legal, uma vez que não é oriunda da lei?

2.2 A Repercussão Geral e Súmula Vinculante: mecanismos de garantia ou insegurança?

O legislador não se preocupou em definir o que é repercussão geral. Asseverou, apenas, que o recorrente deve demonstrar a existência desta, nas questões constitucionais nos termos da Lei 11.418/06⁹³, que introduziu o art. 543-A, do CPC/73⁹⁴, alterado pela Lei 13.105/2015⁹⁵ na forma do art. 1.035, § 1º, NCPC, mas permaneceu silente quanto ao conceito.

Interessante observar que a repercussão geral restabeleceu algo similar à extinta arguição de relevância da questão federal, prevista no Regimento Interno do STF⁹⁶ que, com a Emenda Regimental n. 3/75⁹⁷, fundada na Emenda Constitucional n. 1/69⁹⁸, alterou o recurso

⁹³ BRASIL. Lei 11.418 de 19 de dezembro de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11418.htm>. Acesso em: 12 maio 2016.

⁹⁴ BRASIL. Lei 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 12 maio 2016.

⁹⁵ BRASIL. Lei 13.105 de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 05 maio 2016.

⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Regimento Interno. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?Servico=legislacaoRegimentoInterno>>. Acesso em: 12 maio 2016.

⁹⁷ BRASIL. Emenda Constitucional n. 7 de 13 de abril de 1977. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc07-77.htm> Acesso em: 12 maio 2016.

⁹⁸ Vide nota 18.

extraordinário, que tinha por escopo, segundo Barbosa Moreira⁹⁹: “a de viabilizar a admissão de recursos interpostos em causas que haviam sido expressamente vedadas”.

Então, não é novidade no Direito brasileiro, mas, até então, não precisava de motivação sendo proferida em sigilo.

Essa foi regulada no art. 102, §3º da CRFB¹⁰⁰, porém o legislador constituinte deixou a critério do legislador ordinário, a sua regulamentação, que também não a definiu. Com isso, gera-se insegurança, pois não há um conceito fechado do que seja “repercussão”, no entender de Luiz Rodrigues Wambier, Tereza Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina¹⁰¹:

Está aqui diante de um sistema de filtro, idêntico, sob o ponto de vista substancial, ao sistema da relevância, que faz com que ao STF cheguem exclusivamente questões cuja importância transcenda à daquela causa em que o recurso foi interposto. Entende-se, com razão, que, dessa forma, o STF será reconduzido à sua verdadeira função, que é a de zelar pelo direito objetivo – sua eficácia, sua inteireza e a uniformidade de sua interpretação –, na medida em que os temas trazidos à discussão tenham relevância para a Nação.

Partindo do conceito esposado, hoje, as decisões judiciais devem ser fundamentadas por força do art. 93, IX da CRFB¹⁰². Apesar, do antigo art. 327, § 1º do Regimento Interno do STF¹⁰³ definir a questão federal: - “entende-se relevante a questão federal que, pelos reflexos da ordem jurídica, e considerados os aspectos morais, econômicos, políticos ou sociais da causa exigir a apreciação do recurso extraordinário pelo Tribunal.”

Atualmente, o legislador entende que a repercussão geral deve ser dotada de importância geral¹⁰⁴. Nessa esteira, cuida de um conceito indeterminado na expressão “geral” e presume que essa fuja ao interesse das partes. Ou seja, não se analisa o objetivo precípuo da causa, mas a interpretação constitucional da relação¹⁰⁵. Por fim, conclui-se que cuida de um filtro constitucional que pondera a relevância do tema de forma ampla, ultrapassando a dimensão das partes envolvidas.

⁹⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2009. V. 5.

¹⁰⁰ Vide nota 19.

¹⁰¹ DANTAS, Ivana Melo apud WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, Garcia, José Miguel. *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual: Emenda Constitucional n. 45/2004 (reforma do judiciário); Lei 10.444/2002; Lei 10.358/2001 e Lei 10.352/2001*. Em: Repercussão Geral – Filtro Recursal?. *Revista Da EJUSE*. Aracaju. TJ, n. 21, 2014. p.225

¹⁰² Vide nota 19.

¹⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em:

<http://www.justicatotal.com.br/PDF/REGIMENTO/RI_STF.pdf>. Acesso em: 12 de maio de 2016.

¹⁰⁴ DANTAS, op. cit., p.225

¹⁰⁵ Ibid.

Por outro lado, por cuidar de um conceito aberto significa que o legislador não delimitou suas hipóteses, portanto impede o engessamento do STF de forma a possibilitar que esse modifique o seu entendimento, quanto ao mesmo fato, porém com fundamentação diversa.

Assim, permitindo a apreciação dessas, mesmo que anteriormente não tenha encontrado o requisito de admissibilidade necessário.

Entretanto, persiste a polêmica porque ao, mesmo tempo, fere o princípio do duplo grau de jurisdição e o acesso à justiça, sob o fundamento da duração razoável do processo. Então qual é sua verdadeira natureza do sistema brasileiro?

No que tange à súmula, algumas considerações também devem ser realizadas: primeira, pode ser compreendida como um resumo extraído a partir das uniformizações jurisprudenciais dos tribunais, com escopo de evitar divergências quanto a um determinado assunto; e segundo, quando vinculante, traz em si a possibilidade de construção de enunciados por parte da Corte, consolidadores do entendimento já debatido. Assim, sob esse prisma, a Emenda n 45/2004¹⁰⁶ introduziu a súmula vinculante, regulada pela Lei infraconstitucional nº 11.417/2006¹⁰⁷.

No entanto, celeuma surge no momento da sua incorporação no ordenamento devido à essência, porque o sistema romano-germânico, não considera os precedentes judiciais como fonte precípua do direito, somente a lei. Nesse ínterim, a emissão de enunciados de súmula com efeito vinculante viola a teoria da separação dos três poderes, por não mostrar nitidamente a atividade legiferante do Poder Judiciário.

Em que pese tal fato, não há como deixar de reconhecer a possibilidade de emissão dos enunciados estarem totalmente distante da prática de uma função atípica do Poder Judiciário, no que se refere ao quesito legislar. Ora, a súmula vinculante padroniza os julgados, dando concretude aos direitos de forma isonômica, garantindo duração razoável ao processo e segurança jurídica, vinculando os demais órgãos, salvo o Legislativo e o próprio STF. Então, o que seria isso, a não ser uma “lei” dentro da própria realidade judiciária?

¹⁰⁶ Vide nota 49.

¹⁰⁷ BRASIL. Lei 11.417 de 19 de dezembro de 2006. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11417.htm> Acesso em: 05 maio 2016.

2.3 A Repercussão Geral é uma cláusula de barreira? Quais direitos merecem chancela diante da Omissão?

Como se expôs, a repercussão geral é um instrumento processual inserido na Constituição Federal de 1988. Com ele, possibilita-se ao Supremo Tribunal Federal, a seleção dos recursos extraordinários a serem analisados, de acordo com critérios de relevância jurídica, política, social ou econômica. Funciona, assim, como um filtro recursal, que teve por fim reduzir o número de processos encaminhados à Suprema Corte.

O fato se justifica: uma vez constatada a existência de repercussão geral, o STF analisa o mérito da questão e tal decisão será aplicada a *posteriori* pelas instâncias inferiores, em casos semelhantes. No entanto, a celeuma vige por conta dos requisitos definidores da repercussão geral que são extremamente abertos. De fato, não há um critério objetivo, portanto a valoração é excessivamente discricionária.

Em análise mais crítica, tal recurso visaria à celeridade ou à diminuição do número de demandas? Nesse sentido, Arruda Alvim¹⁰⁸, “a instituição da relevância envolve a outorga de um poder político ao Tribunal que haverá de apreciar as causas marcadas por importância social, econômica ou jurídica”.

Ainda no mesmo contexto Ernane Fidélis dos Santos¹⁰⁹:

[...] Em outras palavras, a repercussão geral exigida deve ser de molde a ter influência direta da norma constitucional, ferindo princípios básicos que, de modo geral, se relacionem com a própria organização do Estado e com a definição dos direitos fundamentais, principalmente. Seria o caso, por exemplo, de versar o recurso sobre a matéria referente a discriminações, constitucionais vedadas.

Portanto, o fundamento legal dado pela Corte fere o princípio do duplo grau de jurisdição art. 1.040, I do NCPC¹¹⁰ e pelo Pacto de São José da Costa Rica, art. 8, 2, h¹¹¹. Então, sob essa égide, também não constituiria uma violação ao livre acesso à justiça, legitimada pela Carta?

¹⁰⁸ DANTAS, op. cit., p.225

¹⁰⁹ Idem apud SANTOS. Ernane Fidélis dos. Repercussão Geral – Filtro Recursal? *Revista Da EJUSE*. Aracaju. TJ, n. 21,2014. p.215 a 241.

¹¹⁰ Vide nota 95

¹¹¹ BRASIL. Convenção Americana De Direitos Humanos (1969) < <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso 05 maio 2016.

Em contrapartida, o juiz da instância ordinária pode julgar diversamente do entendimento da Corte, salvo no caso da súmula vinculante. Porém, o órgão revisor está engessado por uma norma infraconstitucional (art. 1.035, § 3º, I, II, III do NCPC¹¹²) em detrimento de um princípio constitucional que cuida do acesso à justiça? Além disso, o filtro poderia ser considerado uma cláusula de barreira? E mais, como ficaria a questão quanto à omissão, pois - quando a cognição é sumária -, embora a causa seja a mesma, a consequência pode não sê-lo. Nesse ínterim, ao negar o acesso de forma positiva não estaria a Corte sendo omissa perante às garantias constitucionais?

2.4 A Súmula Vinculante fere o art. 93, IX da CRFB, pois compromete a *Ratio Decidendi*, no caso de Omissão Inconstitucional?

A questão que envolve a súmula vinculante é espinhosa, porque esbarrar na sua natureza jurídica, visto que, há um desrespeito ao princípio da tripartição dos poderes, pois essa tem natureza de Lei, mas isso significa que uma função se imiscui na outra sem autorização legal. Portanto, em tese, não é facultado ao judiciário editar normas de conteúdo abstrato e de obrigatoriedade geral.

Insta ressaltar, porém, que há quem sustente que não há qualquer tipo de mácula a este princípio. Para Monica Sifuentes¹¹³, por exemplo, constituem atos normativos de função jurisdicional, porque atingem todo o ordenamento jurídico com sua vinculação. Em sentido contrário, todavia, Osmar Côrtes¹¹⁴ afirma que, apesar de ser dotada de força vinculante, não tem caráter normativo, uma vez que cuidaria de mera atividade interpretativa por parte dos Tribunais.

A criação da súmula no ordenamento, data da década de 60¹¹⁵, e foi fomentada pelo Ministro do STF, Victor Nunes ao assumir o cargo, devido a divergências entre os julgados dentro do Tribunal. Essa cuidava de mera orientação.

¹¹² Vide nota 95.

¹¹³ BRASIL. *Súmula Vinculante*. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/821/1003>>. Acesso em: 17 maio 2016.

¹¹⁴ BRASIL. *Súmula Vinculante*. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/download/1323/13111>>. Acesso em: 17 maio 2016.

¹¹⁵ ALMEIDA, Marcelo Pereira de. *Precedentes Judiciais: Análise crítica dos métodos empregados no Brasil para a solução de demandas de massa*. Curitiba. Juruá. 2014.

A Emenda Constitucional 45¹¹⁶, que regulou a reforma do judiciário em 2004, contudo, aferiu-lhe nova vestimenta, por meio da inserção do art. 103-A da CRFB¹¹⁷. Assim, passando a ser proferida em caráter geral vinculando os demais órgãos, salvo o Legislativo e o próprio STF. Com isso, a fossilização das decisões¹¹⁸ seria evitada. Mesmo assim, o dispositivo ainda carecia de regulamentação.

Por essa razão, editou-se a Lei 11.417/06¹¹⁹, tendo como escopo o de regular a sistemática de sua edição, inclusive, cancelamento e revisão dessa. No contexto, ainda veio a repercussão quanto a súmula vinculante, pois a reforma do judiciário visou dar celeridade diminuindo o número de processos repetitivos distribuídos à Corte, quando a instância ordinária julga de forma diversa.

No entanto, embora se reduza o número de demandas, há efeitos contrários: em primeiro lugar, desrespeita os princípios constitucionais como o do livre convencimento do juiz, o da divisão dos poderes, o da igualdade, o devido processo legal, duplo grau de jurisdição, do contraditório e da ampla defesa, o livre acesso à justiça, além de engessamento das instâncias ordinárias.

Sob esses parâmetros, ao se vincularem as decisões dos juízes e dos tribunais, põe-se fim a uma fonte do direito que é a jurisprudência. Logo, ganha-se indiscutivelmente em celeridade e segurança jurídica, perde-se pelo detrimento dos princípios constitucionais supracitados. No mais, a revisão da súmula depende de provocação de um dos legitimados para tal e não pode ser discutida no âmbito dos processos.

Dessa forma, esbarra-se no fenômeno da ponderação. Alguns celebrarão por conta da celeridade e da segurança evitando que os juízes julguem de forma contrária ao estabelecido pela Corte, por conta da padronização das decisões. Outros, por sua vez questionarão: casos semelhantes não significam que sejam iguais, podendo haver, desta feita, severas injustiças, comprometendo a *ratio decidendi*

Outra questão é no que tange à omissão, pois, se há uma proibição à atividade criativa do juiz, sob a ótica do novo conceito de jurisdição, o direito para ser adimplido deve passar pelo crivo da repercussão, que já possui certa carga discricionária. Caso seja reconhecido, ainda esbarrará no precedente vinculante ou, ainda, na súmula vinculante.

¹¹⁶ Vide nota 49.

¹¹⁷ Vide nota 19.

¹¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo377.htm>>. Acesso em: 17 maio 2016.

¹¹⁹ BRASIL. Lei 11.418 de 19 de dezembro de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11418.htm>. Acesso em: 12 maio 2016.

Logo, esse direito ficar paralisado, à espera de uma solução, como é o caso do reajuste salarial dos servidores públicos objeto do MI 5007¹²⁰.

Nesse contexto, após a “virada concretista” do STF, não só atuando de forma incisiva implementando direitos fundamentais, colidimos com institutos que buscam aliviar a Corte. Concordaremos, portanto, com o pensamento inicial, nem tudo que é certo é justo.

Porém, liberdade em excesso, na atividade criativa, gera insegurança e parcialidade. De fato, em alguns casos, tal atitude pode constituir a solução mais justa, mas não necessariamente a mais certa, ou seja, a mais adequada para aquele caso específico.

¹²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25028008/mandado-de-injuncao-mi-5007-df-stf>>. Acesso em 20 jun. 2016.

3. A OMISSÃO LEGISLATIVA PERANTE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O grande desafio da atualidade para o direito versa sobre as omissões normativas inconstitucionais, pois essas impedem a plena eficácia dos direitos fundamentais albergadas na Constituição Federal. Essa não se manifesta apenas por meio do “ser”, mas também do “dever-ser”, ou seja, seu respaldo não está no mero reflexo das condições fáticas de sua vigência¹²¹.

Ora, a Constituição tem por escopo imprimir a ordem e a conformação da realidade política social. Dessa feita, ela exerce um papel transformador da sociedade, que, por vezes, é malgrado pela omissão inconstitucional e obsta inúmeros direitos.

A conduta negativa resulta na falta de um direito prestacional que surge tanto no campo do Poder Legislativo como do Poder Executivo. Por isso, a doutrina e a jurisprudência buscam sustentáculos em instrumentos já antevistos, a exemplo do Mandado de Injunção, ADO, dentre outros. Porém há uma zona cinzenta, em razão da falta de mecanismos e esse *non facere* ou *non prastare* acabam desembocando no judiciário.

Assim, surgem as ações afirmativas no intuito de sanarem as omissões e dessa forma refletirem no meio social a vontade da Constituição, em face do afastamento da ideia de onipotência do poder constituinte originário, que não poderia antever todas as hipóteses e do poder constituinte derivado que obedece a padrões e modelos de condutas espirituais, culturais, éticos e sociais no sentir de Canotilho¹²².

Por fim há direitos que se confundem com a própria existência do ser, e a sua tutela reflete uma sociedade justa e solidária como coloca a Carta. Portanto, a sua falta fere a dignidade da pessoa humana e não pode ser tolerada diante do Estado Democrático de Direito.

¹²¹ HESSE, Konrad apud Luiz Henrique Boselli de Souza. *As sentenças normativas aditivas na jurisdição constitucional*. Disponível em <: www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/download/77/41>. Acesso em: 20 jun. 2016.

¹²² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed.. Coimbra: Almedina, 2003. p.81

3.1 Normas constitucionais passíveis de violação

No que tange às omissões legislativas essas podem ser de duas formas: absolutas e relativas.

A primeira importa em ausência total de medida necessária a tornar efetiva a norma constitucional, já as relativas, ao contrário, há uma intervenção legislativa, que ofende o princípio da igualdade.

Pois, derivam dos atos legislativos concretizadores de normas constitucionais, que podem ou não favorecerem certos grupos ou situações. Então, depura-se que, as omissões também podem ser diferenciadas quanto ao “silêncio do legislador”, no caso de absoluta, e o “silêncio da lei” no caso de relativa¹²³.

O STF durante muito tempo manteve sua posição baseada no enunciado de súmula 339¹²⁴, aprovada em 1963, de que não cabia ao judiciário inferir-se na função legislativa. Portanto, muitos direitos foram relativizados. Ora, com a mudança no cenário mundial, o pós-positivismo e a ameaça de erosão da Carta, a Corte altera seu posicionamento e passa a dar concretude ao Mandado de Injunção, quando esse tratar de exercício de direitos e liberdades constitucionais, das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e a cidadania.

Note que há pouco tempo, o instituto padecia de regulamentação, mas a Lei n. 13.300¹²⁵ de 23 de junho de 2016 disciplinou o processo e julgamento desse remédio.

3.2 Omissão parcial e o Mandado de Injunção.

O Mandado de Injunção (MI), previsto no art. 5º, LXXI da CRFB¹²⁶, será cabível na falta de norma regulamentadora que impeça o exercício dos direitos de liberdades constitucionais e as prerrogativas atinentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

¹²³ SOUZA DE, Luiz Henrique Boselli. *As sentenças normativas aditivas na jurisdição constitucional*. Disponível em: <www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/download/77/41>. Acesso em: 20 ago. 2016.

¹²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmulas. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400>. Acesso em: 26 ago. 2016.

¹²⁵ BRASIL. Lei 13.300 de 23 de junho de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13300.htm> Acesso em 09 ago. 2016.

¹²⁶ Vide nota 19.

Por isso, o instituto não se aplica a qualquer tipo de omissão legislativa, sendo necessário o preenchimento de dois pressupostos, quais sejam: a existência de um direito constitucional relacionado às liberdades fundamentais, e a falta de norma regulamentadora que impeça ou prejudique a fruição deste direito¹²⁷.

Historicamente o STF ao analisar o remédio constitucional manteve uma posição não concretista, no que tange ao campo das omissões. Todavia, com a mudança de composição da Corte, em alguns julgados passaram a adotar uma tendência concretista intermediária, observe o MI 284¹²⁸ de 23 de novembro de 1989, julgado posteriormente ao MI 283¹²⁹ que tinha objeto idêntico, porém cientificado o Congresso Nacional e decorrido o prazo nada fez. Então, o Tribunal declarou a omissão legislativa, determinou nova comunicação, apesar de não fixar prazo, mas garantiu a possibilidade dos beneficiários ajuizarem ação de reparação de natureza econômica. Portanto, assim seguiu a jurisprudência da corte.

Este Mandado de Injunção 232¹³⁰ destaca-se, por conta da mudança de posicionamento isolado da Corte, que diante da inércia do Legislativo, aquela reconheceu que exaurido o prazo 6 (seis) meses, sem manifestação daquele, esse determinou que a omissão fosse suprida, passando o requerente a gozar da imunidade.

Ementa: Mandado de injunção. - Legitimidade ativa da requerente para impetrar mandado de injunção por falta de regulamentação do disposto no par.7. do artigo 195 da Constituição Federal. - Ocorrência, no caso, em face do disposto no artigo 59 do ADCT, de mora, por parte do Congresso, na regulamentação daquele preceito constitucional. Mandado de Injunção conhecido, em parte, e, nessa parte, deferido para declarar-se o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote ele as providências legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do artigo 195, par.7., da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida.

Outro marco foi o MI 758¹³¹, pois nesse inexistiu norma regulamentadora que viabiliza-se a aposentadoria em condições especiais, portanto o STF assentou a aplicação analógica do art. 57, §1º, da Lei 8.213/9¹³², qual seja, o Regime Geral de Previdência Social

¹²⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. MENDES, Gilmar Ferreira. WALD, Arnaldo. *Mandado de Segurança e Ação Constitucionais*. 24. ed. São Paulo. Malheiros Editores, 2012. p. 330.

¹²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima. apud MI 284, Rel. para acórdão Min. Moreira Alves, RJT, 133. *Mandado de Injunção*. São Paulo: Saraiva. 2013

¹²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/752112/mandado-de-injuncao-mi-283-df/inteiro-teor-100468303?ref=juris-tabs>>. Acesso em 09 ago. 2016.

¹³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/751779/mandado-de-injuncao-mi-232-df>>. Acesso em 09 ago. 2016.

¹³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2917111/mandado-de-injuncao-mi-758-df>>. Acesso em 09 ago. 2016.

¹³² BRASIL. Lei 8213 de 24 de julho de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_leis/L8213cons.htm>. Acesso em 09 ago. 2016.

visando regular o art. 40, § 4º da CRFB¹³³. Aqui se deu uma nova compreensão do instituto, dando normatividade¹³⁴.

Mandado de injunção - natureza. Conforme disposto no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, conceder-se-á mandado de injunção quando necessário ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Há ação mandamental e não simplesmente declaratória de omissão. a carga de declaração não é objeto da impetração, mas premissa da ordem a ser formalizada. Mandado de injunção - decisão - balizas. Tratando-se de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada. Aposentadoria - trabalho em condições especiais - prejuízo à saúde do servidor - inexistência de lei complementar - artigo 40, § 4º, da constituição federal. Inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral - artigo 57, § 1º, da Lei nº 8.213/91.

Contudo, a Corte passa por nova alteração em sua composição, logo no MI 20¹³⁵ a mesma entendeu não ser possível a regulação do direito de greve por ausência de norma complementar, assim também seguiram os MI 485/DF¹³⁶, e o MI 585¹³⁷.

Ementa: Mandado de injunção coletivo - direito de greve do servidor público civil - evolução desse direito no constitucionalismo brasileiro - modelos normativos no direito comparado - prerrogativa jurídica assegurada pela Constituição (art. 37, VII) - impossibilidade de seu exercício antes da edição de Lei Complementar - omissão legislativa - hipótese de sua configuração - reconhecimento do estado de mora do congresso nacional - impetração por entidade de classe - admissibilidade - writ concedido. Direito de greve no serviço público: O preceito constitucional que reconheceu o direito de greve ao servidor público civil constitui norma de eficácia meramente limitada, desprovida, em consequência, de autoaplicabilidade, razão pela qual, para atuar plenamente, depende da edição da Lei Complementar exigida pelo próprio texto da Constituição. A mera outorga constitucional do direito de greve ao servidor público civil não basta - ante a ausência de autoaplicabilidade da norma constante do art. 37, VII, da Constituição - para justificar o seu imediato exercício. O exercício do direito público subjetivo de greve outorgado aos servidores civis só se revelará possível depois da edição da Lei Complementar reclamada pela Carta Política. A Lei Complementar referida - que vai definir os termos e os limites do exercício do direito de greve no serviço público - constitui requisito de aplicabilidade e de operatividade da norma inscrita no art. 37, VII, do texto constitucional. Essa situação de lacuna técnica, precisamente por inviabilizar o exercício do direito de greve, justifica a utilização e o deferimento do mandado de injunção. A inércia estatal configura-se, objetivamente, quando o excessivo e irrazoável retardamento na efetivação da prestação legislativa - não obstante a ausência, na Constituição, de prazo pré-fixado para a edição da necessária norma regulamentadora - vem a comprometer e a nulificar a situação subjetiva de vantagem criada pelo texto constitucional em favor dos seus beneficiários. Mandado de injunção coletivo: A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de admitir a utilização, pelos organismos sindicais e pelas entidades de classe, do Mandado de Injunção Coletivo, com a finalidade de viabilizar, em favor

¹³³ Vide nota 19.

¹³⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima. op. cit. P

¹³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em:<

<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/748172/mandado-de-injuncao-mi-20-df>>. Acesso em 09 ago. 2016.

¹³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em:<

<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/774653/mandado-de-injuncao-mi-485-mt>>. Acesso em 09 ago. 2016.

¹³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em:<

<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/774381/mandado-de-injuncao-mi-585-to>>. Acesso em 09 ago. 2016.

dos membros ou associados dessas instituições, o exercício de direitos assegurados pela Constituição. Precedentes e doutrina.

Nos Mandados supracitados, o STF reconheceu que o preceito constitucional que cuida do direito de greve ao servidor público civil é de eficácia meramente limitada, desprovida, de consequência, de autoaplicabilidade, logo, para atuar plenamente, depende da edição da lei complementar exigida pela própria Carta.

Contudo, após nova composição da Corte, na sessão de 7 de junho de 2006, houve uma revisão dos MI 670¹³⁸ e MI 712¹³⁹ e nesses os votos recomendaram a adoção de uma medida “normativa e concretizadora”. Então, se passou a entender que o Congresso Nacional estava em mora legislativa, e que apesar do *writ* não se destinar a direito novo, nem ensejar que o judiciário se torne um legislador positivo, porque não se cuida de um sucedâneo constitucional das funções políticas - jurídicas, que são atribuídas às funções inadimplentes, se admitiu a possibilidade de uma regulamentação provisória pelo próprio Judiciário, ou seja, as chamadas sentenças aditivas, nomenclatura utilizada pelo direito italiano¹⁴⁰.

Ementa: Mandado de Injunção. Garantia fundamental (CR, Art. 5º, Inciso LXVII). Direito de greve dos servidores públicos civis (CR, Art. 37, Inciso VII). Evolução do tema na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF). Definição dos parâmetros de competência constitucional para apreciação no âmbito da Justiça Federal e da justiça estadual até a edição da legislação específica pertinente, nos termos do art. 37, VII, da CR em observância aos ditames da segurança jurídica e à evolução jurisprudencial na interpretação da omissão legislativa sobre os direitos de greve dos servidores públicos civis, fixação do prazo de 60 (sessenta) dias para que o congresso nacional legisle sobre a matéria. Mandado de injunção deferido para determinar a aplicação das leis nos 7.701/1988 e 7.783/1989.

A mora legislativa foi declarada por diversas vezes, mesmo assim o Legislativo permaneceu silente, invocando os riscos da omissão, observe que na doutrina alienígena como a Alemanha e a Itália, admite-se que o Judiciário adote medidas para superar a omissão, de forma a evitar ofensa aos direitos fundamentais, mas essas não abalam o sistema de separação de poderes.

Ementa: Entidade sindical. Greve dos trabalhadores em geral art. 9º da constituição do brasil. aplicação da lei federal n. 7.783/89 à greve no serviço público até que sobrevenha lei regulamentadora. Parâmetros concernentes ao exercício do direito de greve pelos servidores públicos definidos por esta corte. Continuidade do serviço público. Greve no serviço público. Alteração de entendimento anterior quanto à substância do mandado de injunção. Prevalência do interesse social. Insubsistência do argumento segundo o qual dar-se-ia ofensa à independência e harmonia entre os poderes [art. 2º da constituição do Brasil] e à separação dos poderes [art. 60, §4º, III, da constituição do Brasil]. Incumbe ao poder judiciário produzir a norma suficiente para tornar viável o exercício do direito de

¹³⁸ Vide nota 64

¹³⁹ Vide nota 66

¹⁴⁰ MENDES.; VALE.; QUINTAS, op.cit. p.16/404

greve dos servidores públicos, consagrado no artigo 37, VII, da constituição do Brasil.

Diante disso, o Tribunal afastou-se da orientação da decisão limitada à declaração da mora legislativa, passando a aceitar uma regulamentação provisória, de uma sentença moderada de perfil aditivo, introduzindo alteração substancial na técnica do Mandado de Injunção¹⁴¹.

Dessa feita, o instituto passou por três teorias distintas, a saber, a teoria subsidiária - não concretista, da independência jurisdicional - concretista geral e pela teoria da resolatividade - concretista individual. Pela primeira a tarefa da Corte era declarar a existência da omissão legislativa e comunicar ao órgão responsável no legislativo, portanto a natureza da decisão era declaratória. Destaca-se que essa teoria perdurou por muito tempo. Ressalta-se que esse entendimento aproxima o mandado de injunção da ação de inconstitucionalidade por omissão.

Na segunda teoria, o STF legisla de forma a sanar a omissão, ou seja, não só no caso concreto, mas abstratamente independente de sua participação no processo. A prolação dessa decisão é de cunho constitutivo e de eficácia *erga omnes*. Observe que essa seria explicável e permitida com base nas funções atípicas concedidas a ele pela Constituição, mas tal teoria esbarra na separação de poderes. Por isso, encontra resistência¹⁴².

Por fim, a terceira teoria que entende que o STF julga procedente o Mandado de Injunção também tem natureza constitutiva, mas seu efeito só se aplica *inter partes*, ou seja, no caso concreto. Assim garante ao impetrante a efetiva tutela do seu interesse.

Então, a Corte, a partir do dia 25 de julho de 2007, decidiu três Mandados de Injunção de uma só vez, MI 670, 708 e 712¹⁴³, o tema de todos era um só, o direito de greve dos servidores públicos civis inviabilizado por falta de regulamentação por parte do Congresso Nacional.

Pode-se afirmar, com base nas palavras do Min. Celso de Mello proferidas na sessão de julgamento já citado, que essas expressam a nova visão da Suprema Corte nominada de virada concretista, segue:

Não se pode tolerar sob pena de fraudar-se a vontade da Constituição, esse estado de continuada, inaceitável, irrazoável e abusiva inércia do Congresso Nacional, cuja omissão, além de lesiva ao direito dos servidores públicos civis – a quem vem se

¹⁴¹ Ibid.

¹⁴² NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações constitucionais*. 2.ed. ver.atual. e amp.- Rio de Janeiro:Forense; São Paulo: Método, 2013. p.101/111.

¹⁴³ FIRMINO, Nelson Flávio. *Mandado de Injunção e a Interpretação do STF*. Disponível em: <<http://www.jurisite.com.br/doutrinas/Constitucional/doutconst72.html>>. Acesso em: 12 dez. 2016.

negando, arbitrariamente, o exercício do direito de greve, já assegurado pelo texto constitucional -, traduz um incompreensível sentimento de despreço pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição da República.

Após adotar a teoria concretista geral, isto é, decisão dada com efeitos *erga omnes*, surgiram vozes no sentido de que o Judiciário estava a inobservar a separação dos poderes, pois tal atitude configura em verdadeira atividade legislativa.

Tal posicionamento não se coaduna, pois cabe ao Judiciário aplicar o direito ao caso concreto, não podendo ser impedido de exercer seu mister pela inércia de outro Poder e, com isso, permitir a lesão de direitos constitucionalmente resguardados.

Nesse sentir, o voto-vista do Min. Eros Grau no MI 721¹⁴⁴, “ao formular supletivamente a norma regulamentadora o Judiciário está exercendo função normativa e não legislativa”, por isso, a alegação de lesão à Separação de Poderes não consiste¹⁴⁵.

Além disso, nos julgados de Mandado de Injunção recentes, a norma criada pelo STF não tem eficácia *erga omnes*, limitando-se a sanar a violação ou ameaça a direitos e liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, a soberania e a cidadania.

Insta destacar que é admitido o Mandado de Injunção coletivo, que cria a norma no caso concreto visando suprimir a violação exposta na petição, terá eficácia *erga omnes*, ou, ao menos *ultra partes*, quando impetrado por classe, grupo ou categoria. Logo, ratifica a ideia de que o Judiciário está exercendo função normativa e não legislativa¹⁴⁶.

3.3 Rito e mudança legislativa do Mandado de Injunção

É fato notório que desde a entrada da Constituição de 1988, passaram-se 28 anos sem que a legislação infraconstitucional indicasse o rito que o processo do Mandado de Injunção deveria seguir. Diante de tal inconveniente, o rito foi adaptado ao do mandado de segurança, nos termos do artigo 24, parágrafo único, da Lei n.º 8.038/90¹⁴⁷, que cuida dos processos de competência originaria do STJ e STF.

¹⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 721. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=721&classe=MI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 13 dez. 2016.

¹⁴⁵ Ibid.

¹⁴⁶ NEVES, op.cit., p.101/111.

¹⁴⁷ BRASIL. Lei n. 8.038, de 28 de maio de 1990. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1990/lei-8038-28-maio-1990-365654-normaatualizada-pl.html>>. Acesso: 12 dez. 2016.

Sucedeu-se que, em razão das peculiaridades do Mandado de Injunção, celeumas como a questão da tutela liminar que era vedada pelo STF, embora prevista na Lei n.º 8.038/90¹⁴⁸, bem como os quesitos da petição inicial, pois não há direito líquido e certo a ser demonstrado e os efeitos da decisão judicial, quais sejam, declaratória ou constitutiva.

Primeiramente, no que tange a competência originária do STF, em sede de Mandado de Injunção, essa foi disciplinada no artigo 102, I, “q”, da CRFB¹⁴⁹; já no artigo 102, II, “a”, da CRFB¹⁵⁰ cuidou da competência originária dos Tribunais Superiores; e no artigo 105, I, “h”, da CRFB¹⁵¹ tratou da competência originária do STJ.

E no artigo 121, § 4º, V, da CRFB¹⁵² os casos em que a competência originária é dos TRE’s. Quanto à competência da justiça federal, no art. 109, I da CRFB¹⁵³ não há previsão legal, pois é de competência originária de tribunais de superposição. Nessa conjuntura, a Constituição Federal também não tratou da competência para o caso de omissões regulamentadoras no âmbito dos Estados e dos Municípios¹⁵⁴.

No que afeta ao rito, quando há o recebimento da inicial, o impetrado será notificado para prestar as informações sobre a omissão, em um prazo de 10 dias. E o órgão de representação judicial da pessoa jurídica ao qual esse é vinculado, também será cientificado, para que ingresse no feito, caso entenda ser necessário. Além disso, a questão versa sobre direito público, logo o Ministério Público deve ser ouvido, antes da decisão judicial, e terá o prazo de 10 dias para oferecer seu parecer.

Outro fator existente é quanto aos efeitos da decisão judicial em sede de mandado de injunção, motivo de debate na doutrina e na jurisprudência, insta ressaltar que a Lei n. 13.300/2016¹⁵⁵ positivou elementos das três teorias, já mencionadas anteriormente, deixando a critério do julgador, a análise do caso específico.

Por certo, o artigo 8º, inciso I, da Lei¹⁵⁶, diz que deve ser reconhecido o estado de mora legislativa, deve ainda cientificar o impetrado dando prazo razoável para regulamentação da norma.

¹⁴⁸ Vide nota 148.

¹⁴⁹ ROSA, Igor Borges La. *O Procedimento do Mandado de Injunção Instituído pela Lei n.º 13.300 de 2016: Um Passo Para a Efetivação dos Direitos Constitucionais*. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/o-procedimento-do-mandado-de-injuncao-instituido-pela-lei-n-o-13-300-de-2016-um-passo-para-a-efetivacao-dos-direitos-constitucionais/>>. Acesso em: 12 dez. 2016.

¹⁵⁰ Vide nota 19.

¹⁵¹ Ibid.

¹⁵² Ibid.

¹⁵³ Ibid.

¹⁵⁴ Vide nota 149.

¹⁵⁵ Vide nota 125.

¹⁵⁶ Ibid.

Por sua vez, o inciso II do artigo¹⁵⁷ já mencionado determina que, persistindo a inobservância pelo poder competente no prazo regulamentado, a decisão deve estabelecer as condições em que se dará o exercício do direito invocado nos autos, com aplicação entre as partes.

Na sequência, o parágrafo único do artigo 8º da Lei¹⁵⁸ diz que caso o impetrado já tenha deixado exaurir o prazo referente à mesma omissão, será dispensado à determinação do inciso I, caput do artigo. E o artigo 9º, parágrafo primeiro, da Lei n. 13.300/2016¹⁵⁹, dispõe que a decisão terá eficácia subjetiva limitada às partes, até o advento da norma, mas o parágrafo admite que a decisão em sede Mandado de Injunção poderá ter eficácia *erga omnes*, ou *ultra partes*, válida para todos, quando o objeto de injunção for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração.

Nessa baila, o parágrafo segundo do referido artigo 9º da Lei¹⁶⁰ coloca que transitado em julgado a decisão, por decisão monocrática do relator, os seus efeitos poderão ser estendidos a outros casos similares.

Por fim, o artigo 11 da Lei n.13.300/2016¹⁶¹ afirma que a norma regulamentadora superveniente produzirá efeitos *ex nunc* em relação aos beneficiados por decisão transitada em julgado, salvo se a aplicação da norma editada lhes for mais favorável.

No mais, os artigos 12 e 13 da Lei¹⁶², disciplinaram o Mandado de Injunção coletivo afirmando que esse não induzirá à litispendência com relação aos individuais, mas os efeitos da coisa julgada não beneficiarão o impetrante que não requerer a desistência da demanda individual no prazo de trinta dias a contar da ciência comprovada da impetração coletiva. E finalmente, o artigo 14 da mesma Lei¹⁶³ determina a aplicação subsidiária das regras referentes ao mandado de segurança¹⁶⁴.

Em resumo, o cotejo entre a jurisprudência e a Lei¹⁶⁵ supramencionada corporificam um avanço para a constitucionalização dos direitos, fato que representa um avanço à cultura jurídica nacional, pois instrumentaliza o Mandado de Injunção, fazendo com que as garantias fiquem ao alcance de todos.

¹⁵⁷ Ibid.

¹⁵⁸ Ibid.

¹⁵⁹ Ibid.

¹⁶⁰ Vide nota 125.

¹⁶¹ Ibid.

¹⁶² Ibid.

¹⁶³ Ibid.

¹⁶⁴ Vide nota 149.

¹⁶⁵ Vide nota 125.

Isso solidifica a virada concretista utilizada no campo das omissões legislativas, mas alguns questionamentos permanecem: Tal técnica, mesmo que chancelada pela norma não fere o sistema de freios e contrapesos? Além disso, essa atividade criativa de forma abstrata com efeitos *erga omnes*, não pode ser considerada uma forma de ativismo judicial?

3.4 Breves notas sobre a omissão do Poder Executivo perante os Direitos Fundamentais

A Carta de 1988 trouxe uma série de direitos fundamentais, entre eles, os direitos sociais. Em sua releitura, após o neoconstitucionalismo, os direitos sociais são de observância obrigatória no Estado Democrático de Direito, que tem como pilares a democracia e os direitos fundamentais.

Ainda convém lembrar que, o artigo 6º da CRFB¹⁶⁶ enumera algumas liberdades positivadas, conquanto essas também subsistam fora do referido artigo, a exemplo, do artigo 196 da CRFB¹⁶⁷ que trata do direito à saúde, e do artigo 201 do CRFB¹⁶⁸ que trata do direito à previdência e do artigo 206 da CRFB¹⁶⁹ que trata do direito à educação.

Da mesma forma esses direitos estão ligados aos princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial, e eles garantem aos mais fracos e carentes as mínimas condições de existência digna, de modo a realizar o verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Atualmente, observe que a separação de funções do Estado assume um novo paradigma. É assim nas palavras de Lênio Streck¹⁷⁰: “a soberania do parlamento cedeu o passo à supremacia da Constituição. O respeito pela separação de Poderes e pela submissão dos juízes à lei foi suplantada pela prevalência dos direitos do cidadão face o Estado”.

¹⁶⁶ Vide nota 19.

¹⁶⁷ Ibid.

¹⁶⁸ Ibid.

¹⁶⁹ Ibid.

¹⁷⁰ STRECK, Lênio. *Jurisdição e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p.101.

Então, diante do quadro das omissões, não é factível que as pretensões atuais de justiça se coadunem com o ponto de vista de que a cada Poder do Estado corresponde uma função específica de forma a impedir de intervir em situações de extrema relevância, em prol da efetividade dos direitos fundamentais e, em especial, dos direitos sociais¹⁷¹.

Segundo, André Ramos Tavares¹⁷² assegura que a separação absoluta de funções, no sentido dado por Montesquieu é “inaceitável e impraticável”. Portanto, devem-se conciliar a especialização da função com ingerência em outras funções quando o fim for à promoção das garantias fundamentais.

No mesmo sentido, assevera Freire Júnior¹⁷³ que a separação de funções não é um fim em si mesmo, mas um instrumento a proporcionar a efetividade dos direitos fundamentais consagrados na Carta.

Em consequência da omissão das outras funções do Estado, o Poder Judiciário por força da própria Constituição, é o único que pode concretizar os direitos sociais, embora subsistam dois entendimentos. O primeiro no sentido de que o Poder Judiciário não deve interferir em questões afetas às políticas públicas, posto que o Poder Executivo atua diretamente na discricionariedade administrativa.

Por outro lado, o segundo entendimento é no sentido de que a obrigação do Poder Executivo em efetivar os direitos sociais previstos na Carta não é ato discricionário, mas, sim, vinculado. Dessa feita, o Poder Judiciário não estaria substituindo o administrador público, mas tão somente exercendo o controle do ato administrativo, seguindo em consonância com o princípio de que nenhuma lesão a direito pode ser excluída do Poder Judiciário¹⁷⁴.

Portanto, há duas linhas filosóficas que trabalham o papel da jurisdição constitucional frente aos demais poderes políticos, relacionando a democracia com a forma de interpretar a Constituição Federal, quais sejam o procedimentalismo e o substancialismo¹⁷⁵.

¹⁷¹ TOSE, Fernanda Silva. *O controle judicial das omissões ou falhas legislativas e administrativas*. Disponível em: < http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1281 > Acesso em: 13 dez. 2016.

¹⁷² TAVARES, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.169.

¹⁷³ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p.37.

¹⁷⁴ Vide nota 171.

¹⁷⁵ RAMOS, Mariana Barbabela de Castro. *A atuação do Poder Judiciário frente à omissão do Poder Executivo na efetivação dos direitos sociais*. Disponível em: < <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-atuacao-do-poder-judiciario-frente-a-omissao-do-poder-executivo-na-efetivacao-dos-direitos-sociais,49833.html> >. Acesso em: 13dez. 2016.

A primeira linha é defendida por Habermas e, nesse seguimento entende que os Poderes Legislativo e Executivo possuem sua legitimidade advinda do voto, o que não acontece com o Poder Judiciário. Logo, o Judiciário não poderia inovar no ordenamento jurídico, pois sua atuação está restrita à interpretação dos dispositivos constitucionais. Na referida linha não há preocupação com o ser humano, com o social ou com o econômico, apenas observa os procedimentos formais. Aqui, não vige um juízo de valor¹⁷⁶.

Já a segunda linha é pautada no substancialismo, que adota os valores e os princípios, entendendo que o Poder Judiciário não pode ficar inerte diante das necessidades da sociedade e por desempenhar o papel de guardião da Constituição. Aqui há um alargamento da área de atuação dos intérpretes, os quais delimitarão o conteúdo e o significado do direito, orientando-se por meio dos princípios e as decisões proferidas que são dotadas de valores.

Ora, segundo Mônica Clarissa Henning Leal¹⁷⁷, há tese a favor e em desfavor do chamado ativismo judicial. Observe que as teses podem ser classificadas em substancialismo versus procedimentalismo, de acordo com o maior ou o menor grau de atuação aos Tribunais Constitucionais no contexto democrático. Logo, ela assevera que a proposta ideal é aquela que construa “uma jurisdição constitucional aberta”.

O argumento esposado tem fundamento na interpretação constitucional de Häberle que parte da ideia de que essa por muito tempo esteve vinculada a uma sociedade fechada, concentrando-se nos procedimentos fechados o que causou empobrecimento no âmbito investigatório, logo é imperioso que a leitura seja clara diante dos direitos fundamentais, pois essa prioriza a unidade política e a ordem jurídica¹⁷⁸.

Em outras palavras, a Constituição não pode sobreviver sem conexão com a realidade da qual emana e a qual se destina. Assim, no contexto de interação com a sociedade, não se pode compreender uma jurisdição constitucional afastada ou desconectada, de seu verdadeiro papel, pois essa pressupõe uma jurisdição aberta, concebida como um espaço privilegiado de participação democrática e cidadã¹⁷⁹.

¹⁷⁶ Vide nota 171.

¹⁷⁷ Ibid.

¹⁷⁸ RAMOS, Mariana Barbabela de Castro apud Mônica Clarissa Henning Leal. *A atuação do Poder Judiciário frente à omissão do Poder Executivo na efetivação dos direitos sociais*. Disponível em:

<<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-atuacao-do-poder-judiciario-frente-a-omissao-do-poder-executivo-na-efetivacao-dos-direitos-sociais,49833.html>>. Acesso em: 13 dez. 2016.

¹⁷⁹ COELHO. Inocência Mártires. *As ideias de Peter Häberle e a interpretação constitucional no direito brasileiro*. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/343/r137-16.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 13 dez. 2016.

Por fim, destaca-se que não é qualquer omissão que legitima a atuação do Judiciário, inclusive, o STF entendeu que sua atuação se restringe ao campo das políticas públicas, no sentido de garantir o mínimo existencial. Nesse sentido informativo 579, voto do Ministro relator Celso de Mello¹⁸⁰.

Ementa: Arguição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da ‘reserva do possível’. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do ‘mínimo existencial’. Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração).

E no informativo 797, nos ARE n. 744.170-AgR¹⁸¹, ARE n. 860.979-AgR¹⁸² e no AgReg recurso extraordinário com agravo 639.337¹⁸³.

Ementa Saúde – Fornecimento de remédios. O preceito do artigo 196 da Constituição Federal assegura aos necessitados o fornecimento, pelo Estado, dos medicamentos indispensáveis ao restabelecimento da saúde.” (ARE 744.170-AgR, rel. min. Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe de31.01.2014).

Nesse recurso extraordinário a Corte entendeu que a responsabilidade, no caso de fornecimento de medicamentos de pacientes hipossuficientes, é solidaria entre os entes por força do art. 196 da CRFB

Ementa Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Direito Constitucional. Educação de deficientes auditivos. Professores especializados em Libras. 3. Inadimplemento estatal de políticas públicas com previsão constitucional. Intervenção excepcional do Judiciário. Possibilidade. Precedentes. 4. Cláusula da reserva do possível. Inoponibilidade. Núcleo de intangibilidade dos direitos fundamentais. 5. Constitucionalidade e convencionalidade das políticas públicas de inserção dos portadores de necessidades especiais na sociedade. Precedentes. 6. Ausência de argumentos suficientes a infirmar a decisão recorrida. 7. Agravo regimental a que se nega provimento.” (ARE 860.979-AgR, rel. min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe de 05.05.2015).

Aqui o Judiciário entendeu que o princípio da separação de poderes não pode inviabilizar, por si só, a atuação das políticas públicas, por conta de um núcleo de intangibilidade dos direitos fundamentais tutelados.

¹⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 45, Voto do Relator. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/343/r137-16.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 13 dez 2016.

¹⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 744.170-AgR. Relator. Ministro. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo797.htm#transcricao1>>. Acesso em: 13 dez. 2016.

¹⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 860.979-AgR., Relator Ministro. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo797.htm#transcricao1>>. Acesso em: 13 dez. 2016.

¹⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo 639. 337. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo797.htm#transcricao1>>. Acesso em: 13 de dez 2016

Ementa: Criança de até cinco anos de idade - atendimento em creche e em pré-escola - sentença que obriga o município de São Paulo a matricular crianças em unidades de ensino infantil próximas de sua residência ou do endereço de trabalho de seus responsáveis legais, sob pena de multa diária por criança não atendida - legitimidade jurídica da utilização das “astreintes” contra o poder público – doutrina – jurisprudência - obrigação estatal de respeitar os direitos das crianças - educação infantil - direito assegurado pelo próprio texto constitucional (CR, art. 208, iv, na redação dada pela EC nº 53/2006) - compreensão global do direito constitucional à educação - dever jurídico cuja execução se impõe ao poder público, notadamente ao município (CR art. 211, § 2º) – legitimidade constitucional da intervenção do poder judiciário em caso de omissão estatal na implementação de políticas públicas previstas na Constituição - inocorrência de transgressão ao postulado da separação de poderes – proteção judicial de direitos sociais, escassez de recursos e a questão das “escolhas trágicas” – reserva do possível, mínimo existencial, dignidade da pessoa humana e vedação do retrocesso social - pretendida exoneração do encargo constitucional por efeito de superveniência de nova realidade fática – questão que sequer foi suscitada nas razões de recurso extraordinário – princípio “*jura novit curia*” – invocação em sede de apelo extremo - impossibilidade – recurso de agravo improvido. AgReg. No Recurso Extraordinário com Agravo 639. 337.

Assim, a questão ápice é saber onde beira o mínimo existencial¹⁸⁴, a reserva do possível, pois esses cuidam de conceitos abertos, indeterminados, portanto o que é mínimo ou possível para o leitor, pode não sê-lo para o legislador. Razão esta de persistirem a celeuma diante da falta de limite na atuação da Corte.

Em suma o STF entende que o Judiciário só deve se imiscuir no campo das políticas públicas, por conta da relevância do bem jurídico tutelado, isso não por falta de legitimidade, mas por enveredar em um campo distinto da sua área de atuação. Porque, o intérprete desconhece a realidade das contas públicas, tendo como limite a teoria das escolhas trágicas e a reserva do possível.

¹⁸⁴. SARLET. Ingo Wolfgang . *O direito ao mínimo existencial não é uma mera garantia de sobrevivência*. Disponível em:< <http://www.conjur.com.br/2015-mai-08/direitos-fundamentais-assim-chamado-direito-minimo-existencial#top>> Acesso em: 10/12/2016

4. ATIVISMO JUDICIAL OU JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

O Supremo Tribunal Federal ao se imiscuir em questões de cunho social e político, que estão fora do seu âmbito de atuação, faz uma transferência de resolução dessas, tal fato é denominado de judicialização das políticas públicas. Esse fenômeno de certa forma não é uma marca brasileira.

Ora, ao analisar o cenário mundial, os tribunais constitucionais tornaram-se por diversas vezes, protagonistas de discussões políticas ou morais em diversos temas controvertidos¹⁸⁵.

Inclusive, na Segunda Guerra Mundial, em muitas democracias, constataram-se avanços da justiça constitucional no campo da política majoritária, engendrada pelo Legislativo e o Executivo, pautado no voto popular. Por exemplo, nos Estados Unidos, a eleição de 2000 foi decidida pela Suprema Corte. Já em Israel, foi a Suprema Corte que deu a última palavra sobre a construção de um muro na divisa com o território palestino. E ainda, na França, o Conselho Constitucional legitimou a proibição da burca¹⁸⁶.

No contexto, os casos mostram a importância da Corte em dar a última palavra, porém, no caso brasileiro, a relevância é maior, devido à extensão e ao volume. Aqui o STF decidiu acerca de inúmeras uniões homoafetivas, interrupção da gestação de fetos anencefálicos, cotas raciais, progressão de regime, pesquisa científica com células-tronco, o direito de greve do servidor público, dentre outros. Mas, tal atuação por parte do judiciário pode ser considerada uma forma de ativismo?

4.1 Principais diferenças entre ativismo e judicialização da política

A ascensão do Judiciário gerou uma crescente judicialização das políticas públicas, que em alguns momentos ocorre de forma proativa. Mas, qual o significado de ativismo e de judicialização? A linha é tênue, no entanto a judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas pelo Judiciário.

¹⁸⁵ BRASIL. Luiz Roberto Barroso. *Direito e política: a tênue fronteira ou judicialização, ativismo judicial e democracia*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI156926,41046-Direito+e+politica+a+tenue+fronteira+ou+judicializacao+ativismo>>. Acesso em: 10 ago. 2016

¹⁸⁶ Ibid.

Mas, o limite para tal implementação pode ser considerada judicialização ou ativismo, dependendo do grau de atividade do órgão.

Segundo Luis Roberto Barroso o ativismo judicial se expande quando outros Poderes se retraem. Assim, o ativismo tem aspecto positivo, quando atende às demandas sociais não atendidas pelas instâncias políticas. Por outro lado, apresenta um aspecto negativo ao revelar que as instituições constitucionalmente competentes não funcionam satisfatoriamente¹⁸⁷.

Portanto, há uma transferência de poder das instâncias tradicionais, que são o Executivo e o Legislativo, para juízes e tribunais. Isso ocorre por diversos fatores: a primeira causa é o reconhecimento de um Judiciário forte e independente que tutela e garante a eficácia dos direitos fundamentais.

A segunda está pautada na inércia da política majoritária. E a terceira ocorre quando o Legislativo visa evitar o desgaste, preferindo que o Judiciário se manifeste diante das questões controvertidas, como o aborto e os direitos dos homossexuais¹⁸⁸.

No Brasil, o fenômeno ganha maior proporção em razão de a Constituição ser analítica e dogmática. Então, algumas matérias são retiradas da política e introduzidas no direito, permitindo a sua judicialização.

Assim, a judicialização é uma circunstância, é um fato que decorre do cenário brasileiro, e não uma opção política do Judiciário. Já o ativismo é uma atitude mais proativa, é a deliberação da expansão do papel do Judiciário, que se dá por meio da interpretação constitucional suprindo lacunas, sanando as omissões legislativas ou determinando às políticas públicas quando essas são ausentes ou ineficientes.

Nessa esteira, citam-se algumas decisões proativas como: a exigência de fidelidade partidária e a regulamentação do direito de greve dos servidores públicos. Esses julgamentos atenderam as demandas sociais não satisfeitas pelo Poder Legislativo. Insta ressaltar, que apesar de sua importância, tais decisões ativistas configuram exceção e não a regra¹⁸⁹.

Diante do quadro surgem várias críticas dirigidas à expansão do papel da Corte, como a natureza política dos magistrados, a questão da violação da separação de poderes, e se o ativismo é a resposta correta para a crise de representatividade. Pois, ainda pairam dúvidas a respeito dos efeitos colaterais de tais atitudes, seja no campo político ou jurídico.

¹⁸⁷ ITO, Marina apud Barroso, Luiz Roberto. *Judicialização é fato, ativismo é atitude*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mai-17/judicializacao-fato-ativismo-atitude-constitucionalista>>. Acesso em: 26 set. 2016.

¹⁸⁸ Vide nota 185.

¹⁸⁹ Vide nota 19.

4.2 O ativismo Judicial, o controle difuso de Constitucionalidade é a resposta correta.

O campo de discussão é tormentoso, independente de se considerar o ativismo bom ou mau, pois esse legitima decisões judiciais com fundamento no resultado. Além de se estruturar em convicções pessoais, senso de justiça do intérprete em detrimento da legitimidade do sistema jurídico.

Por outro lado, o ativismo promove e garante objetivos constitucionais, é um fenômeno contemporâneo. No caso do mandado de injunção, que apesar de não se tratar de efetivo ativismo, há intromissão do Judiciário no campo político, o que na seara prática dificulta diferenciar ativismo de judicialização das políticas.

Mas, observe que a Constituição de 1988 anuncia em seu art.1º da CRFB¹⁹⁰, como direito fundamental a dignidade da pessoa humana, além de ter como objetivos erradicar a pobreza, as desigualdades sociais e a promoção do bem comum. O art. 5º da CRFB¹²⁹ confere proteções individuais típicas, direito de greve, direito à vida e à liberdade, a saúde e ao meio ambiente saudável.

Por consequência, esse redirecionamento dos direitos tem como consequência a possibilidade de intervenção judicial sobre tais matérias. Isso, aliado a um judiciário forte, independente, munido de competência para tanto, fez com que o ambiente proporcionasse a judicialização das políticas públicas. E essa não fica alocada a mais alta corte¹⁹¹.

Hoje, com o número crescente de demandas, se põe em pauta a questão do orçamento e questionamento sobre a legitimidade do Judiciário para definir tal prestação, como é o caso do fornecimento de medicamentos¹⁹².

Então, diante das premissas esposadas, o que deve ser considerado mais inconstitucional: dar uma resposta efetivando os direitos garantidos na Carta, ou deixar de aplicar tais proteções, sob o fundamento de haver erros e distorções democráticas?

¹⁹⁰ Vide nota 19.

¹⁹¹ DIDIER, Fredie Jr. et all. *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. Salvador: Juspodivm. 2013.

¹⁹² Vide nota 185.

4.3 Proposta de emenda a Constituição que pretende reduzir a atuação do STF.

O Judiciário brasileiro atua, como protagonista, tanto na judicialização das políticas públicas, quanto no ativismo judicial. E segundo o deputado Nazareno Fonteles, tal atividade proativa vai além do caso concreto, criando normas que não passam pelo escrutínio do legislador. E, justifica seu posicionamento por meio de exemplo, como o caso de fidelidade partidária que criou uma hipótese de perda de mandato, além das já enumeradas. Nessa esteira citou a vedação do nepotismo ao poder judiciário, por meio da súmula vinculante¹⁹³.

Além disso, descreve os apontamentos da verticalização das coligações e sobre a interpretação dada à Emenda n. 52¹⁹⁴, afirmando que a seu ver é caso de insegurança jurídica, praticado pelo ativismo. Aborda o caso da redução de vagas de vereadores e da súmula das algemas. De forma sucinta reconhece as deficiências do legislativo, diz que tal fato causa prejuízo a democracia. E continua afirmando que há muito tempo o STF deixou de ser um legislador negativo e vem se tornando um superlegislativo¹⁹⁵.

No contexto, ainda, protesta por ouvir que cabe a Corte da última palavra sobre a Constituição e essa é o que ele diz que é. Ao seu entender, a súmula vinculante é um cheque em branco, dado pelo Legislativo ao Judiciário. Portanto, propõe a alteração na quantidade mínima de votos dos membros de Tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis; condiciona o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo STF a aprovação do Poder Legislativo e submete ao Congresso Nacional a decisão sobre as inconstitucionalidades de Emendas a Constituição.

Apesar, de o ativismo ser criticado por ex-membro da própria Corte como Eros Roberto Grau¹⁹⁶ que escreveu:

¹⁹³ FONTELES, Nazareno. *Proposta de Emenda à Constituição* n. 33 de 2011. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=605821FB22B083058654CD8DA62CE0FE.proposicoesWebExterno1?codteor=876817&filename=PEC+33/2011>. Acesso em: 13 dez. 2016.

¹⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 52. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=52&classe=ADPF-MC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 13 dez. 2016.

¹⁹⁵ Vide nota 193.

¹⁹⁶ GRAU. Eros Roberta. *Juízes que fazem as próprias Leis*. Disponível em: <http://espacovital.jusbrasil.com.br/noticias/414577832/juizes-que-fazem-as-suas-proprias-leis?utm_campaign=newsletter-daily_20161213_4501&utm_medium=email&utm_source=newsletter>. Acesso disponível em: 13 dez. 2016.

[...] Não obstante seja assim, a invasão da competência do Legislativo pelo Judiciário é, atualmente, alarmante. Passamos a viver não mais sob um Estado de direito, porém submissos a um Estado de juízes. A absurda apropriação, pelo Judiciário, do poder de fazer leis e alterá-las é estarrecedora. Ninguém nega que os juízes devem ser independentes, mas — em uma democracia — hão de ser submissos às leis, garantindo sua aplicação.

A Constituição lhes impõe o dever de declarar sua eventual inconstitucionalidade, mas a substituição dos preceitos declarados inconstitucionais por outros incumbe exclusivamente ao Legislativo.

Desafortunadamente, no entanto, juízes de primeira instância — e, sobretudo, os tribunais — em nossos dias seguidamente se apropriam da função de legislar. Glosando uma canção de Roberto Carlos, os juízes de hoje em dia, sem saber o que é Direito, fazem suas próprias leis!

A razão de tal crítica surge diante da nova interpretação do STF, que primeiramente desconsiderou a criminalização do aborto de anencefálico na ADPF n.54¹⁹⁷ e recentemente o aborto praticado até os três primeiros meses da gestação, segundo o autor, rasgando o art. 128 do CP¹⁹⁸.

Sim, por vezes juízes de primeiro grau rasgam as normas infraconstitucionais, como no caso de não aplicar a lei de guarda compartilhada, extrapolam ao descumprir o entendimento de uma instância superior. A Corte, por sua vez também interpreta da maneira que lhe convém. Mas, ainda, é o único dos Poderes que a sociedade ainda acredita, pois diante dos escândalos e das inércias, só lhes restam tentar coibir quem se posiciona, ou erra tentando acompanhar os avanços de uma sociedade dinâmica. Portanto, a proposta é um retrocesso social que inibe a atuação da Corte.

¹⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 54. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf>> Acesso em: 13 dez. 2016.

¹⁹⁸ BRASIL. Código Penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm>. Acesso em 13 dez. 2016.

CONCLUSÃO

A crise institucional permaneceu no cenário nacional, o que agravou de forma relevante a credibilidade dos representados em seus representantes, pois não é aceitável a violação dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito. O desrespeito ao mínimo existencial agravou sobremaneira as funções do Estado. Para a crise a resposta não é reduzir drasticamente os poderes da Corte, mas sim, criar mecanismo de interação entre essas funções de forma a superar aquela. O poder é uno e indivisível, os direitos já foram chancelados, logo devem ser concretizados. E como uma segunda resposta, deve existir mais comprometimento dos Poderes negligentes.

Ressalta-se, ainda, que tal insatisfação culmina na imperiosa erosão da Carta, ao reduzi-la a mera folha de papel, seja por não fazer ou exceder em aplicar o direito. Observe que o direito das maiorias foi garantido, porém há uma minoria específica descoberta, o que na atual condição não pode prosperar. Como solução, diante da globalização e da dinâmica da sociedade, as funções devem interagir com a sociedade de forma a responder seus anseios, porque todo poder emana do povo segundo a Carta.

Assim, com o intuito de se aproximar da realidade social, a Corte incorporou em seu sistema formas de sanar as omissões, por meio de conceitos alienígenas, de modo a responder o caso concreto. Leis e princípios estão presentes na Constituição, esses são conceitos abertos que visam dar maior efetividade àquela. E de maneira a sanar os questionamentos, a resposta é que a *civil law* não é incompatível com o sistema de precedentes, então esses devem ser incorporados no ordenamento, por sua vez, aprimorados e adaptados as necessidades das demandas.

Por fim, a Corte ganhou poderes pela Carta e pela omissão dos demais Poderes. Mas, como já foi delineado, há um preço a ser pago, por todos os envolvidos. Cite-se, que antes de passar por um estado de solidez, muito se perde, pois acreditar que as decisões da Corte e dos demais órgãos responsáveis pelo controle serão de plano correta, é ingenuidade, contudo melhor errar tentando do que não o fazer.

Finalmente, como dizer a um casal de pessoas do mesmo sexo que esses não podem ter seu enlace reconhecido, por falta de ausência de previsão legal? De que maneira se pode negar a uma gestante o direito de realizar o aborto de seu feto anencefálico, por que a norma não elencou essa hipótese? De que jeito renegar o direito de greve do servidor público, uma vez que há regulamentação para o particular?

Indo além, a falta de comprometimento em gerir a coisa pública como creches, escolas, hospitais e presídios. Todos esses, direitos mínimos essenciais a garantir dignidade da pessoa humana, refutar a lei criada nos casos expostos é negar a Carta. Desta feita, retirar os poderes da Corte é um retrocesso, que só reafirma a retaliação dos demais Poderes, diante de quem tenta fazê-lo, mesmo que de forma falha, dando ao direito constitucional contemporâneo sua concretude.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Marcelo Pereira de. *Precedentes Judiciais: Análise crítica dos métodos empregados no Brasil para a solução de demandas de massa*. Curitiba. Juruá, 2014.

BARROSO, Luíz Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Brasil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva. 2012. .

BASTO, Fabrício. *Teoria Geral dos Precedentes*. Disponível em: <<http://portalf3juridico.com.br/AreadoAluno/MeusCursos/DetalheCurso/77406>> Acesso em: 05. maio.2016

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BEZERRA, Manoel Justino Filho. *Súmulas do STJ comentadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil de 25 de março de 1824. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em 17 set. 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed.. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. Código Penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 13 dez. 2016.

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso 10 set. 2015.

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em 10 set. 2015.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em 13 out. 2015.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 13 out. 2015.

_____. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em 10 set. 2015.

_____. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em 13 out. 2015.

_____. Convenção Americana De Direitos Humanos (1969)
<<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso 05 maio 2016.

_____. Decreto n. 510 de 22 de junho de 1890. Disponível em:
<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=510&tipo_norma=DEC&data=18900622&link=s>. Acesso em 10 set. 2015.

_____. Decreto n. 848 de 11 de outubro de 1890. Disponível em:
<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d848.htm>. Acesso em 10 set. 2015.

_____. Emenda Constitucional n. 1 de 17 de outubro de 1969. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em 13 out. 2015.

_____. Emenda Constitucional n. 45 de 30 de Dezembro de 2004. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em 20 jun. 2016.

_____. Emenda Constitucional n. 7 de 13 de abril de 1977. Disponível em:
<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc07-77.htm> Acesso em: 12 maio 2016.

_____. Emenda Constitucional n. 45 de 30 de dezembro de 2004. Disponível em<
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>Acesso em 31 mar. 2016.

_____. JusBrasil. Disponível em:
<<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14718832/embdeclna-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3689-pa>>. Acesso em 17 fev. 2016.

_____. JusBrasil. Disponível em:<<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14725991/mandado-de-injuncao-mi-708-df>>. Acesso em 17 fev. 2016.

_____. JusBrasil. Disponível em:<<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2926757/mandado-de-injuncao-mi-712-pa>>. Acesso em 17 fev.2016.

_____. Lei 11.417 de 19 de dezembro de 2006. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111417.htm> Acesso em: 05 maio 2016.

_____. Lei 11.418 de 19 de dezembro de 2006. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111418.htm>. Acesso em: 12 maio 2016.

_____. Lei 11.418 de 19 de dezembro de 2006. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11418.htm>. Acesso em: 12 maio 2016.

_____. Lei 13.105 de 16 de março de 2015. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 05 maio 2016.

_____. Lei 13.300 de 23 de junho de 2016. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13300.htm> Acesso em 09 ago. 2016.

_____. Lei 8213 de 24 de julho de 1991. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_leis/L8213cons.htm>. Acesso em 09 ago. 2016.

_____. Lei n. 1079 de 10 de abril de 1950. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1079.htm>. Acesso em: 31 mar. 2016.

_____. Lei n. 8.038, de 28 de maio de 1990. Disponível em:<
<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1990/lei-8038-28-maio-1990-365654-normaatualizada-pl.html>>. Acesso: 12 dez. 2016.

_____. Lei n. 8072, de 25 de julho de 1990. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8072.htm>. Acesso em 10 fev. 2016.

_____. Lei n. 9868/99, de 10 de novembro de 1999. Disponível em:<
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9868.htm>. Acesso em 17 fev. 2016.

_____. Lei n. 9882/99 de 3 de dezembro de 1999. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm>. Acesso em: 17 fev. 2016.

_____. NOTÍCIAS STF. Modelo híbrido de controle de constitucionalidade garante mais celeridade à Justiça brasileira. Brasília, 2009. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=115824>>. Acesso em: 02 nov. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 8281006/SP. Disponível em:
<<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7161058/recurso-especial-resp-828106-sp-2006-0069092-0/inteiro-teor-12885789>>. Acesso em: 10 fev.2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Regimento Interno. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?Servico=legislacaoRegimentoInterno>>. Acesso em: 12 maio 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Disponível em:
<<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/748172/mandado-de-injuncao-mi-20-df>>. Acesso em 09 ago. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Disponível em:

<<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/774381/mandado-de-injuncao-mi-585-to>>. Acesso em 09 ago. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 45, Voto do Relator. Disponível em:

<<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/343/r137-16.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 13 dez 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 52. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=52&classe=ADPF-MC&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 13 dez. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 54. Disponível em: <

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf>> Acesso em: 13 dez. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo 639. 337. Disponível em:<

<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo797.htm#transcricao1>>. Acesso em: 13 de dez 2016

_____. Supremo Tribunal Federal. ARE 744.170-AgR. Relator. Ministro. Marco Aurélio. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo797.htm#transcricao1>>. Acesso em: 13 dez. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. ARE 860.979-AgR., Relator Ministro. Gilmar Mendes. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo797.htm#transcricao1>>. Acesso em: 13 dez. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Disponível em

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=474624>>. Acesso em 17 fev. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Disponível em

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo377.htm>>. Acesso em: 17 maio 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=485460>>. Acesso em 17 fev. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=474616>>. Acesso em 17 fev. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=469700>>. Acesso em 17 fev. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549>>. Acesso em 17 fev. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>>. Acesso em: 17 fev. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 17 fev. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Disponível em:
<<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/774653/mandado-de-injuncao-mi-485-mt>>. Acesso em 09 ago. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Disponível em:
<<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25028008/mandado-de-injuncao-mi-5007-df-stf>>. Acesso em 20 jun. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Disponível em:
<<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/752112/mandado-de-injuncao-mi-283-df>>. Acesso em 09 ago. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Disponível em:
<<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/751779/mandado-de-injuncao-mi-232-df>>. Acesso em 09 ago. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Disponível em:
<<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2917111/mandado-de-injuncao-mi-758-df>>. Acesso em 09 ago. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Disponível em:
<http://www.justicatotal.com.br/PDF/REGIMENTO/RI_STF.pdf>. Acesso em: 12 maio 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfHistorico>>. Acesso em: 10 set. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/adi3345.pdf>>. Acesso em 10 fev. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf__378__ementa_do_voto_do_ministro_roberto_barroso.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Disponível em:
<www.stf.jus.br/noticias/imprensa/VotoGilmarHC82959.pdf>. Acesso em 10 fev. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 4277. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627236/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4277-df-stf>>. Acesso em: 31 mar. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 4234. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4133566/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4234>>. Acesso em: 31 mar. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?IdConteudo=178931>>. Acesso em: 31 mar. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Inf.608. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo608.htm#transcricao1>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. MI 721. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=721&classe=MI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 13 dez. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmulas. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400>. Acesso em: 26 ago. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1271>>. Acesso em: 10 fev.2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Notícias. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=115824>> Acesso em: 02 nov.2015.

_____. Súmula Vinculante. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/821/1003>>. Acesso em: 17 maio 2016.

_____. Súmula Vinculante. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/download/1323/13111>>. Acesso em: 17 maio 2016.

CARNEIRO, Amilcar Araújo Jr. apud LIMA, Augusto César Moreira. *Direito Jurisprudencial*. V. 2. São Paulo: Revistas dos tribunais, 2014.

CAVAZZANI, Ricardo Duarte. *Crise da Democracia e o Reflexo na Separação de Poderes: o enfraquecimento do Estado*. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista12/criseRicardo.pdf>>. Acesso em: 08 fev. 2016.

COELHO. Inocêncio Mártires. *As ideias de Peter Häberle e a interpretação constitucional no direito brasileiro*. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/343/r137-16.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 13 dez. 2016.

CUNHA Júnior Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

DALLARI. Abreu Dalmo, *Elementos de teoria Geral do Estado*. 32. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

DANTAS Ivana Melo apud WAMBIER, Arruda Alvim. Repercussão Geral – Filtro Recursal?in___: Revista Da *EJUSE*. Aracaju. TJ, n. 21, 2014, 215-241.

_____. Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, Garcia, José Miguel. Breves Comentários à Nova Sistemática Processual: Emenda Constitucional n. 45/2004 (reforma do judiciário); Lei 10.444/2002; Lei 10.358/2001 e Lei 10.352/2001. Em: Repercussão Geral – Filtro Recursal?. *Revista Da EJUSE*. Aracaju. TJ, n. 21,2014.

DIDIER, Fredie; NALINI, José; RAMOS, Glauco; LEVY, Wilson. *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*, Juspodivm, Mato Grosso, 2013.

_____. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 18. ed. Salvador : Jus Podivm, 2016. 800 p.

DOUGLAS, William; ARAÚJO, Eugênio; CHAVES, André. *Omissão Inconstitucional*, Impetus, Rio de Janeiro, 2014.

FIRMINO, Nelson Flávio. *Mandado de Injunção e a Interpretação do STF*. Disponível em: <<http://www.jurisite.com.br/doutrinas/Constitucional/doutconst72.html>>. Acesso em: 12 dez. 2016.

FLACH. Daisson. *Ação direta de inconstitucionalidade por omissão: primeiras notas sobre a Lei 12.063/2009*. Disponível em:< <http://www.tex.pro.br/home/artigos/257-artigos-nov-2013/6335-acao-direta-de-inconstitucionalidade-por-omissao-primeiras-notas-sobre-a-lei-12-063-2009#ftn50>>. Acesso em: 17. fev. 2016

FONTELES, Nazareno. Proposta de Emenda à Constituição n. 33 de 2011. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=605821FB22B083058654CD8DA62CE0FE.proposicoesWebExterno1?codteor=876817&filename=PEC+33/2011>. Acesso em: 13 dez. 2016.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GRAU. Eros Roberta. *Juízes que fazem as próprias Leis*. Disponível em:<[.http://espacovital.jusbrasil.com.br/noticias/414577832/juizes-que-fazem-as-suas-proprias-leis?utm_campaign=newsletter-daily_20161213_4501&utm_medium=email&utm_source=newsletter](http://espacovital.jusbrasil.com.br/noticias/414577832/juizes-que-fazem-as-suas-proprias-leis?utm_campaign=newsletter-daily_20161213_4501&utm_medium=email&utm_source=newsletter)>. Acesso disponível em:13 dez. 2016.

HESSE, Konrad apud Luiz Henrique Boselli de Souza. As sentenças normativas aditivas na jurisdição constitucional.Disponível em:

<www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/download/77/41>. Acesso em: 20 jun. 2016.

_____. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris. 1991.

ITO, Marina apud Barroso, Luiz Roberto. *Judicialização é fato, ativismo é atitude*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mai-17/judicializacao-fato-ativismo-atitude-constitucionalista>>. Acesso em: 26 set. 2016.

JONH RAWLS apud BRASIL. Supremo Tribunal Federa. RE 567.985/Mato Grosso. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/re567985.pdf>>. Acesso em 13 out.. 2015.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Pedro. *Carta forense*. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/abstrativizacao-do-controle-difuso-o-senado-transformou-se-em-um-mero-menino-de-recado-o-stf-reconheceu-a-mutacao-constitucional-do-art-52-x/13769>>. Acesso em: 09 fev. 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme, *A Força dos Precedentes*, 2. ed. Juspodivm, Salvador, 2012.

MASCARO, Alysson Leandro et al. *Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do Passivismo ao Ativismo Judicial*: Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. MENDES, Gilmar Ferreira. WALD, Arnoldo. *Mandado de Segurança e Ação Constitucionais*. 24. ed. São Paulo. Malheiros Editores, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira, *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Controle Abstrato de Constitucionalidade: ADI, ADC e ADO*. 1° São Paulo: Saraiva. 2012.

_____. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, 5 ed. Saraiva. 2015.

_____. VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima. apud MI 284, Rel. para acórdão Min. Moreira Alves, RJT, 133. *Mandado de Injunção*. São Paulo: Saraiva. 2013.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção, *Ações Constitucionais*, 2. ed. Método, São Paulo, 2013.

OLIVEIRA, Fabrício Ferreira de Oliveira. *Efeito erga omnes no controle difuso (aberto) de constitucionalidade*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/39249/efeito-erga-omnes-no-controle-difuso-ou-aberto-de-constitucionalidade>>. Acesso em: 16 fev. 2016.

ORTOLAN, Marcelo Augusto Biehl et al. *Common Law, Judicial review e satire decisis: uma abordagem histórica do sistema de controle de constitucionalidade anglo-americano em*

perspectiva comparada com o sistema brasileiro. In ____ A Força Normativa dos Precedentes. Salvador: Jus Podivm, 2012.

PEIXOTO, Ravi. *Segurança do Precedente e Segurança Jurídica*. Salvador: Jus Podivm, 2015.

PUPO, Sérgio Tadeu. O Tribunal de Nuremberg Entre: O Positivismo e o Jusnaturalismo disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c7b4bb942f0b5d48>>. Acesso em: 08. fev.2016.

RAMOS, Mariana Barbabela de Castro. *A atuação do Poder Judiciário frente à omissão do Poder Executivo na efetivação dos direitos sociais*. Disponível em:<<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-atuacao-do-poder-judiciario-frente-a-omissao-do-poder-executivo-na-efetivacao-dos-direitos-sociais,49833.html>>. Acesso em: 13dez. 2016.
ROSA, Igor Borges La. *O Procedimento do Mandado de Injunção Instituído pela Lei n.º 13.300 de 2016: Um Passo Para a Efetivação dos Direitos Constitucionais*. Disponível em:<<http://emporiadodireito.com.br/o-procedimento-do-mandado-de-injuncao-instituido-pela-lei-n-o-13-300-de-2016-um-passo-para-a-efetivacao-dos-direitos-constitucionais/>>. Acesso em: 12 dez. 2016.

SARLET. Ingo Wolfgang . *O direito ao mínimo existencial não é uma mera garantia de sobrevivência*. Disponível em:< <http://www.conjur.com.br/2015-mai-08/direitos-fundamentais-assim-chamado-direito-minimo-existencial#top>> Acesso em: 10/12/2016

SILVA. José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

SOUZA DE, Luiz Henrique Boselli. As sentenças normativas aditivas na jurisdição constitucional. Disponível em: <www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/download/77/41>. Acesso em: 20 ago. 2016.

STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é Isto - O Precedente Judicial e as Súmulas Vinculantes?*.2.ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado,2014. 130 p.

_____, Lênio. *Jurisdição e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TAVARES, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.

TOSE, Fernanda Silva. *O controle judicial das omissões ou falhas legislativas e administrativas*. Disponível em:<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1281> Acesso em: 13 dez. 2016.