



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O controle jurisdicional da inconstitucionalidade por omissão

Lilian da Silveira Martins Soares

Rio de Janeiro
2012

LILIAN DA SILVEIRA MARTINS SOARES

O controle jurisdicional da inconstitucionalidade por omissão

Artigo Científico apresentado como
Exigência de conclusão de Curso de Pós-
Graduação *Lato Sensu* da Escola de
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.
Professores Orientadores:
Prof^a. Mônica Areal
Prof. Nelson C. Tavares Junior
Prof^a. Néli Luiza C. Fetzner

Rio de Janeiro
2012

O CONTROLE JURISDICIONAL DA INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

Lilian da Silveira Martins Soares
Graduada pela Universidade Cândido
Mendes- Centro. Advogada

Resumo: O presente trabalho faz uma análise do papel do Poder Judiciário em face das omissões inconstitucionais. Enfoca a questão do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Essa atuação do Judiciário pode ser demonstrada através do *ativismo judicial*, com uma postura ativa e extensiva de forma a interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, sendo um mecanismo que tenta solucionar inércia legislativa, e também através da *judicialização*, que possibilita que questões com grande relevância política e social sejam contempladas pelo judiciário por meio de ações judiciais. O presente artigo estabelece como premissa a necessidade de garantir a plena efetividade dos preceitos constitucionais, tendo em vista a máxima efetividade das normas constitucionais, o mínimo existencial e a realidade democrática do Brasil. Para tanto, faz-se uma análise da crise da representatividade do Poder Legislativo; o alcance e efetividade das normas constitucionais; o limites do judiciário; a legitimidade democrática; a politização da justiça e a falta de capacidade institucional do Judiciário. Por fim, procura-se demonstrar que essa postura pró-ativa do Judiciário, qual seja, o ativismo, trará mais benefícios do que prejuízos para a realidade democrática do Brasil.

Palavras-chaves: Separação dos Poderes e efetividade das normas constitucionais; políticas públicas; mínimo existencial; controle das omissões; inércia legislativa; judicialização; ativismo judicial; Poder Judiciário; legitimidade democrática.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Separação dos Podres e a Efetividade das Normas Constitucionais; 2. Judicialização e o Ativismo Judicial; 3. Meios de controle ADO-I, MI diferenciação, seus efeitos; 4. Ativismo Judicial em decisões do STF; 4.1 Os riscos para a Legitimidade Democrática; 4.2 Riscos da Politização da Justiça. Conclusão. Referências ADO-I, MI diferenciação, seus efeitos; 4. Ativismo Judicial em decisões do STF; 4.1 Os riscos para a Legitimidade Democrática; 4.2 Riscos da Politização da Justiça. Conclusão. Referencias.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo averiguar a legitimação do ativismo judicial em decorrência da omissão legislativa, especialmente à luz da teoria da separação

dos poderes do Estado. Esta teoria, que acabou resultando na positivação de um princípio constitucional fundamental, consiste na concepção de um sistema de controles e interferências recíprocas entre os Poderes e órgãos do Estado, conhecido como *checks and balances*, que já havia sido apontado por Montesquieu como uma providência necessária para a contenção do poder estatal.

Ocorre que os Poderes Legislativo e Executivo vêm sofrendo o que se tem chamado de "síndrome de inefetividade das normas constitucionais", que se revela pela inação do sistema político em realizar as prestações positivas a eles atribuídas pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

A inoperância prática das normas elaboradas pelo Constituinte é um dos grandes males do Direito Constitucional. É fácil perceber que os instrumentos judiciais destinados à implementação da plena aplicabilidade das normas constitucionais vêm apresentando resultados insatisfatórios. E a maior causa disso parece estar na própria omissão de quem teria de regulamentar o assunto.

Busca-se através desse trabalho, alternativas ao enfrentamento do problema da inércia na implementação da aplicabilidade das normas constitucionais a partir da disciplina normativa já existente, bem como dos avanços recentemente ocorridos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que tem assumido uma postura claramente concretista com relação ao mandado de injunção.

Quando não há a implementação das políticas sociais, a efetividade dos direitos fundamentais garantidos na Constituição acaba comprometida, o que afeta o mínimo existencial dos indivíduos. Assim, o presente trabalho tem como um dos objetivos justificar a viabilidade de o Poder Judiciário agir diante de uma omissão governamental – especialmente de ordem legislativa – irrazoável e injustificada.

Neste trabalho, o ativismo judicial será, assim, analisado na vertente do controle jurisdicional da inconstitucionalidade por omissão, mais especificamente no que tange aos limites e possibilidades de sua atuação em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção, sempre à luz do princípio da separação dos poderes, e com base no posicionamento atual do Supremo Tribunal Federal, inclusive com a análise de casos paradigmáticos de sua jurisprudência.

1. A SEPARAÇÃO DOS PODRES E A EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Aristóteles, em sua *Política*, acreditava na existência de três funções distintas exercidas pelo Estado, quais sejam editar normas gerais, aplicação dessas normas aos casos concretos e julgamento de conflitos. Porém, esse filósofo não chegou a destacar a necessidade de essas funções serem atribuídas a órgãos ou pessoas distintas, de modo a não haver concentração de poderes¹.

Durante um longo período da História, a vontade do soberano acabava confundindo-se com a vontade do próprio Estado, o que pode ser visualizado na famosa frase de Luís XIV: “*L' État c'est moi*”. Esta concentração ocasionava como consequência praticamente inevitável, o abuso do poder.

No século XVI, Maquiavel escreveu “O Príncipe”, no qual defendiam a idéia da existência de três poderes distintos, quais sejam: o legislativo, que seria o parlamento; o executivo, o rei; e o judiciário, que seria um poder autônomo. Todavia, tampouco se via na obra de Maquiavel a preocupação com a pulverização dessas funções em órgãos distintos.

Essa preocupação só veio ser explicitamente colocada em 1748, por Montesquieu, em sua célebre obra “O Espírito das Leis”. O filósofo inovou ao dizer que as funções do legislativo, executivo e judiciário deveriam ser atribuídas a três órgãos distintos, sendo autônomos, harmônicos e independentes entre si. Essa teoria da separação dos poderes era contra a idéia absolutista do poder concentrado nas mãos de um soberano, tendo como fundamento o desenvolvimento social e a garantia de liberdade dos cidadãos¹.

A teoria da separação dos poderes de Montesquieu foi adotada em diversos países, porém de forma atenuada e adaptada às peculiaridades de cada sistema. Além das funções típicas exercidas pelos órgãos, estes também deveriam exercer funções atípicas.

Vale dizer, além da função que lhe cabe nominalmente (que é a sua função típica), cada poder deve exercer uma parcela das funções dos outros (como funções atípicas), de modo que, por exemplo, o poder executivo, além de administrar, legisla em certas hipóteses (ou participa do processo legislativo), bem como exerce funções judicantes. Além disso, deve haver formas de controle mútuo, recíproco entre os poderes, disso resultando a construção doutrinária do sistema de freios e contrapesos².

Conforme a teoria dos freios e contrapesos, os atos praticados pelo Estado podem ser gerais ou especiais. Os gerais seriam, em princípio, exercidos pelo poder legislativo, que edita normas gerais e abstratas para todos os indivíduos. Depois da edição dessas normas gerais é que o poder executivo atuaria através de atos especiais, que por sua vez são pautados e limitados pelos atos gerais oriundos do legislativo. Havendo uma extrapolação de limites pelos poderes, caberá a fiscalização do judiciário.

¹MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*, vol. 1. São Paulo: Nova Cultural, 1997, p. 200-209.

²REIS, José Carlos Vasconcellos. *op. cit.*, p. 239.

O princípio da separação dos poderes está positivado na Constituição brasileira de 1988, cujo artigo 2º dispõe que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Com essa concepção de que os poderes são autônomos e harmônicos entre si, o judiciário não poderia sobrepor-se ao legislativo, de maneira a usurpar sua competência. Ocorre que, em decorrência da falta de regulamentação para determinados direitos, em uma tentativa de garantir-se efetivamente os direitos fundamentais consagrados na Constituição, e pela limitação da separação dos poderes, necessária para a organização do Estado Democrático de Direito, busca-se delimitar até onde o judiciário poderia expandir o seu alcance, com fundamento na sua interpretação constitucional.

Segundo Luís Roberto Barroso³, “a idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”

A Constituição requer efetividade, a norma tem que ter capacidade para produzir os seus efeitos, sejam jurídicos ou sociais. A efetividade jurídica seria quando a norma descreve sua hipótese de cabimento, sua sanção em face de seu descumprimento, sendo sua observância imposta a todos. A efetividade social, por outro lado, ocorreria quando essa norma apesar de ser imposta a todos, tem uma real observância pela sociedade.

Conforme Luís Roberto Barroso⁴, a efetividade seria a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social.

³BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática, p. 6. Disponível em: <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em 07/04/2012.

⁴BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 221.

Ao falar de efetividade das normas constitucionais, cabe mencionar a teoria tripartida de José Afonso da Silva⁵, na qual as normas podem ter eficácia plena, contida e limitada. Esta última categoria se divide em normas programáticas e normas de princípio institutivo.

As de eficácia plena, desde a sua entrada em vigor, estão aptas a produzir todos os seus efeitos; têm eficácia direta, imediata e integral, não podendo sofrer restrições por parte do poder público. São, portanto, auto-aplicáveis, já nascendo com sua normatividade máxima.

As de eficácia contida possuem incidência direta, imediata, são auto-aplicáveis, porém podem sofrer restrições por parte do poder público. Vale dizer, à semelhança das normas de eficácia plena, elas produzem efeitos sem necessidade de regulamentação, porém podem sofrer restrições, especialmente através da regulamentação pelo legislador ordinário.

Já as normas de eficácia limitada teriam, na visão de José Afonso da Silva, incidência indireta e mediata, pois dependem da atuação futura do poder público para produzir a plenitude de seus efeitos. As normas programáticas são estreitamente relacionadas aos direitos sociais, estabelecendo fins e valores que devem ser alcançados e preservados pelo Estado (como são exemplos os artigos 196 e 205, da CRFB de 1988). Tais normas estabelecem diretrizes, metas a serem cumpridas, e por isso necessitam de um ato estatal posterior para se concretizarem plenamente. As normas institutivas, por sua vez, direcionam-se à futura criação de funções, órgãos ou institutos, que devem ser regulamentados no âmbito infraconstitucional.

⁵SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 88-166

Pelo princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, todas as normas constitucionais, em maior ou menor intensidade, são plenamente capazes de produzir seus efeitos jurídicos essenciais.

Essas noções têm direta relação com a questão do ativismo judicial, que implica em uma postura proativa e expansiva que o intérprete adota diante da Constituição, de maneira a potencializar o alcance de suas normas. Trata-se de uma tentativa para contornar o processo político – especialmente o processo legislativo, no caso das omissões normativas – quando ele tenha se mostrado inerte ou, em outras palavras, incapaz de conferir efetividade às normas constitucionais.

Como acima referido, segundo a clássica doutrina de José Afonso da Silva, todas as normas constitucionais têm natureza *jurídica* e produzem efeitos *jurídicos*, inclusive as assim chamadas normas programáticas, que se limitam a enunciar um fim público a ser alcançado pelo Estado. Assim, a atividade do Poder Judiciário no sentido de concretizar os comandos constitucionais é uma atividade típica de jurisdição, ou seja, de interpretação do Direito e sua aplicação a um caso concreto.

Nessa linha de raciocínio, pode-se desde logo deixar assentado que o controle jurisdicional da inconstitucionalidade por omissão – que adiante será aprofundado – não constitui, em si mesmo, uma afronta ao princípio da separação de poderes, ainda mais no Estado contemporâneo, em que se propugna por uma atuação mais ativa e criativa do Poder Judiciário.

Com efeito, a inconstitucionalidade por omissão estará caracterizada quando, por ausência de regulamentação legal, tornar-se impossível, do ponto de vista prático, o exercício de um direito subjetivo consagrado na Constituição, especialmente quando se

tratar de direitos fundamentais. Isto ocorrerá, notadamente, no caso das normas de eficácia limitada, que são as mais carentes de complementação pelo legislador. Ora, se todas as normas constitucionais são normas *jurídicas* – inclusive as de eficácia limitada –, quando o Poder Judiciário é chamado a controlar a omissão inconstitucional, também aqui é de atividade jurisdicional que se trata.

O Poder Judiciário estará desempenhando a sua função típica – a função jurisdicional, de “dizer o direito” (*ius dicere*) – tanto quando controla a inconstitucionalidade por ação (quando declara a invalidade de um ato do Estado que viola a Constituição), tanto quando controla a inconstitucionalidade por omissão (quando reconhece que a ausência de regulamentação legal impede, inviabiliza ou dificulta o pleno desfrute de um direito contemplado na Constituição). Em ambas as situações, poder-se-á estar diante de uma postura de ativismo judicial, mas isto não retira a natureza eminentemente jurisdicional da função desempenhada, e não implica, *a priori*, em violação à separação de poderes.

O que o Poder Judiciário estará fazendo, ao exercer o controle da inconstitucionalidade por omissão, é manifestação de sua função elementar de conferir efetividade à Constituição, que é exatamente o papel a ele reservado na tripartição dos poderes estatais.

Nos capítulos seguintes, passa-se ao estudo mais detalhado das omissões inconstitucionais, dos remédios jurisdicionais destinados a resolver o problema e das formas pelas quais o Judiciário brasileiro, especialmente o STF, vem atuando nesta seara.

2. A JUDICIALIZAÇÃO E O ATIVISMO JUDICIAL

Em um estado democrático de direito regado por uma Constituição com vasto conteúdo princípio lógico, como a brasileira de 1988, o Poder Judiciário deve limitar-se ao exercício de uma atividade jurisdicional puramente “subsuntiva” de aplicação da literalidade da norma ao caso concreto que nela se amolda, ou é possível exigir desse Poder o exercício de um papel mais ativo, criativo e inovador? De que forma a síndrome da inefetividade das normas constitucionais impossibilita o exercício dos direitos fundamentais garantidos na Constituição e como (e até que ponto) o Poder Judiciário estaria legitimado a reverter tal situação?

Para responder essas questões, primeiramente, faz-se necessária a distinção entre os conceitos de judicialização e ativismo judicial.

A expressão judicialização passou a compor o repertório da ciência social e do direito a partir do projeto de C. N. Tate e T. Vallinder (1996)⁶. Judicializar a política, conforme posicionamento desses autores é valer-se dos métodos típicos da decisão judicial na resolução de disputas e demandas nas arenas políticas em dois contextos. Em relação ao primeiro contexto, com a ampliação das áreas de atuação dos tribunais ocorreria a revisão judicial de ações legislativas e executivas, baseando-se na constitucionalização de direitos e dos mecanismos de *checks and balances*. O segundo contexto seria constituído pela introdução de procedimentos judiciais no Executivo e no Legislativo.

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo em cujo âmbito se

⁶TATE, C. N.; e VALLINDER, T. (ores.). (1995), *The global expansion of judicial power* New York, New York University Press., *apud* Maciel, Débora Alves, Koender, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. Disponível em: www.scielo.br/pdf/ln/n57/a06n57.pdf, Acesso em 26/08/2012.

⁷BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em 26/08/2012.

encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas.⁷

O sistema misto de controle de constitucionalidade no Brasil acaba possibilitando que quaisquer questões políticas, sociais e morais que sejam relevantes cheguem ao judiciário, e mais precisamente ao Supremo Tribunal Federal. Dessa forma, essas questões estão sendo decididas por esse poder.

Já existe uma tendência no STF em discutir questões tais como: a) Políticas governamentais, envolvendo a constitucionalidade de aspectos centrais da Reforma da Previdência (contribuição de inativos) e da Reforma do Judiciário (criação do Conselho Nacional de Justiça); b) Relações entre Poderes, com a determinação dos limites legítimos de atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito (como quebras de sigilos e decretação de prisão) e do papel do Ministério Público na investigação criminal; c) Direitos fundamentais, incluindo limites à liberdade de expressão no caso de racismo (*Caso Elwanger*) e a possibilidade de progressão de regime para os condenados pela prática de crimes hediondos.

Importante também ressaltar a virada da jurisprudência no tocante ao mandado de injunção, em caso no qual se determinou a aplicação do regime jurídico das greves no setor privado àquelas que ocorram no serviço público⁸.

⁸BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em 26/08/2012.

Conclui-se, portanto, que a judicialização seria o fato de que questões de repercussão política e social estão sendo levadas ao judiciário e sendo decididas por ele.

A redemocratização contribuiu para a judicialização, de forma que o poder judiciário passou a ser um poder que teria como uma de suas funções conter abusos que teriam sido cometidos por outras esferas de poder, de maneira a preservar a constituição da república Federativa do Brasil.

A judicialização, portanto, decorre do modelo constitucional, não é uma escolha do poder judiciário, já o ativismo por sua vez é uma escolha, uma postura proativa do judiciário para solucionar situações em que os outros poderes se mantiveram inertes, de maneira a permitir que as demandas sociais sejam efetivamente solucionadas.

O ativismo é a expansão do judiciário que vem interferindo no vácuo dos outros poderes. Ele é uma face do sistema de *checks and balances*, que não visa apenas conter condutas abusivas por ação, mais também a abusividade da omissão.

As origens do ativismo judicial remontam à jurisprudência norte-americana. Em um primeiro momento o ativismo foi de natureza conservadora, mas a partir da década de 50, a Suprema Corte Americana começou a produzir jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais.

A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de

inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas⁹.

No contexto constitucional atual, desde 1988, que traduz a implantação de políticas públicas pelo sistema político, não poderia o Judiciário em face da omissão dos demais poderes, deixar de dar efetividade aos preceitos e princípios que nela se encontram.

O ativismo produz efeitos atendendo as esperanças e anseios da sociedade que carece dos direitos expressos no texto da Constituição, já que os demais poderes não vêm cumprindo com o dever político de atender as demandas coletivas.

O ativismo judicial praticado pelo Supremo procura extrair o máximo de eficácia da Carta da República. No AI 677.274-8/SP, Rel. Min. Celso de Mello, manifestou-se sobre o dever político-jurídico constitucional atribuído ao poder público em relação à educação infantil.

[...] revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatários, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais empregados na estrutura constitucional.

Outro exemplo em que o Supremo realizou o ativismo, atuando na inércia do legislativo dando efetividade aos direitos políticos, foi quando decidiu que a vaga no Congresso Nacional pertence ao partido e não ao parlamentar. O Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou improcedentes, as Ações Diretas de Inconstitucionalidade

⁹BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em 26/08/2012.

(ADIs) 3999 e 4086, ajuizadas pelo Partido Social Cristão (PSC) e pela Procuradoria-Geral da República (PGR) contra a Resolução 22.610/07, do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), que disciplina o processo de perda de mandato eletivo por infidelidade partidária, Com essa decisão, o supremo declarou a plena constitucionalidade da resolução do TSE, até que o Congresso Nacional exerça a sua competência e regule o assunto em lei específica.

Se o parlamentar abandonar a legenda que o elegeu teria como consequência a extinção do mandato eletivo. Com isso, criou uma nova hipótese de perda do mandato. Em nome do princípio democrático atuou no vácuo do legislativo.

Ao julgar a ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, no Informativo (STF nº 345/2004), ponderou que, mesmo que não caiba ao Poder Judiciário a regular implementação de políticas públicas, excepcionalmente este papel lhe é conferido:

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 substancializador do 'mínimoexistencial'. Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração).¹⁰

Conclui-se, portanto, que a Suprema Corte vem buscando dar uma real efetividade aos princípios e garantias consagrados na Constituição, tenta extrair a maior efetividade dos direitos ali conferidos, agindo no vácuo dos outros poderes, em uma tentativa de suprir a omissão inconstitucional.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em ADPF n. 45. Rel. Min. Celso de Mello. D.J. 29 abr. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+45%2ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/a9kzfp>> Acesso em: 08 abr. 2013.

Respondendo as questões que iniciaram esse capítulo, é possível sim exigir do Poder Judiciário o exercício de um papel mais ativo, criativo e inovador, de maneira que o ativismo judicial que decorre da judicialização dos sistemas políticos e sociais torna-se uma necessidade institucional.

Cabe salientar que, decisões ativistas devem ser eventuais, fazendo-se necessária, portanto, uma reforma política de maneira a tentar solucionar os problemas atualmente existentes.

3. MEIOS DE CONTROLE: AÇÃO DE DECLATATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO, MANDADO DE INJUNÇÃO. DIFERENCIAÇÃO, SEUS EFEITOS E JURISPRUDÊNCIA APLICADA

As ações constitucionais, objeto desse capítulo, buscam implementar a aplicabilidade da norma constitucional de eficácia limitada, bem como assegurar a força normativa da Constituição, assumindo, assim, uma importante função no combate a síndrome da inefetividade das normas no direito constitucional brasileiro.

O Mandado de Injunção visa a defender direitos fundamentais que dependem de regulamentação, já a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão visa defender normas constitucionais relacionadas ou não a direitos fundamentais, que dependem de regulamentação.

Na Ação direta de inconstitucionalidade por omissão tem-se o controle concentrado, enquanto no Mandado de Injunção o controle difuso, via de exceção ou defesa.

O Mandado de Injunção é um remédio constitucional, pressupõe um processo subjetivo, com lide, com partes, com pretensões resistidas de interesse. Já a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, é uma ação do controle concentrado, onde não existem partes, não há pretensão resistida de interesse, formando, portanto, um processo objetivo.

O remédio constitucional do Mandado de Injunção tem previsão constitucional no artigo 5º inciso LXXI da CRFB/88: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

É um remédio constitucional sob procedimento especial, que é colocado à disposição dos titulares de direitos subjetivos constitucionais cujo exercício esteja inviabilizado pela ausência de norma regulamentadora.¹¹

Existe uma divergência doutrinária em relação ao âmbito de cabimento desse remédio constitucional, porém o entendimento que prevalece é o da corrente ampliativa. Para essa, todos os direitos subjetivos constitucionais são protegidos pelo Mandado de Injunção. A jurisprudência predominante é nesse sentido, de que o Mandado de Injunção é destinado a assegurar o exercício de qualquer direito constitucional não regulamentado.

Todos os remédios constitucionais foram trazidos com o objetivo de defender direitos e são todos previstos por meio de norma de eficácia plena.¹² O fato do Mandado de Injunção não ter regulamentação própria não prejudica a sua interposição, com isso, a doutrina e a jurisprudência aplicam alguns dispositivos da lei do Mandado de Segurança

¹¹MORAES, Guilherme Pena de. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2012. p. 679.

¹²SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 88-166.

no que for cabível ao Mandado de Injunção. Por exemplo, ao Mandado de Injunção coletivo é aplicado o artigo 21 da lei 12.016/09, do Mandado de Segurança.

O Mandado de Injunção é uma ação civil de rito sumário especial, da mesma forma que o Mandado de Segurança não admite dilação probatória, precisa de provas pré-constituídas, não admitindo uma extensa dilação probatória.

Pode ser impetrado contra a omissão legislativa de qualquer ente da federação, ou seja, União, Estados e Municípios, porém não pode ser impetrado em face de omissões de natureza administrativas. Por exemplo, falta escola; hospital; medicamentos que podem estar na lista do SUS, porém não se encontram no hospital; falta médico; merenda, entre outros, nessas não se está diante do Mandado de Injunção.

Para caber Mandado de Injunção, a questão vai indicar um direito que depende de regulamentação, falta lei, norma, não falta conduta administrativa, falta conduta legislativa, a CRFB/88 garante um direito fundamental que depende de regulamentação, omissão normativa, para as omissões administrativas dependendo da situação pode caber a propositura do Mandado de Segurança.

Importante mencionar a evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal¹³ a respeito desse remédio constitucional. Até 2007 era adotada a posição não concretista, o Supremo Tribunal Federal dizia que em nome da separação de poderes, artigo 2º da CRFB/88 a decisão final do Mandado de Injunção apenas declarava a mora do poder omisso, com isso, o judiciário não podia fixar prazo para o legislador legislar, tampouco aplicar por analogia lei já existente para suprir a omissão legislativa. Não servindo o Mandado de Injunção para nenhum efeito concreto. ((Porém, desde 2007 em defesa da

¹³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão n. MI 670. Rel. Min. Gilmar Mendes. D.J. 31 out. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MI%24%2ESCLA%2E+E+670%2E+NUME%2E%29+OU+%28MI%2E+ACMS%2E+ADJ2+670%2E+ACMS%2E%29&b ase=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cswygf3>> Acesso em: 08 abr. 2013.

máxima efetividade das normas constitucionais, a Suprema Corte vem adotando posições concretistas, que não se limitam a declarar a mora do poder omissor, quais sejam i) posição concretista geral e ii) concretista individual direta.

O Supremo adotou a posição concretista geral em alguns Mandados de Injunção, concedendo efeito erga omnes da decisão. Aplicou a todos os servidores públicos analogicamente no que couber a Lei 7783/89, que é a lei de greve privada para suprir a omissão do poder público no que tange ao artigo 37 VII, não se limitou a declarar a mora do poder omissor. Boa parte da doutrina entende que nesses Mandados de Injunção (670, 708,712) seria uma abstrativização dos sistema difuso, porque o Supremo determinou a aplicação analógica da lei de greve do servidor privado para todos os servidores públicos, se aproveitou de uma decisão do sistema difuso para dar efeito erga omnes.

Essa posição foi adotada nos Mandados de injunção 712/PA; 708/DF e 670/ES, que foram ajuizados pelo sindicato dos servidores policiais civis do espírito santo SINDIPOL, pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa - SINTEM, e pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará - SINJEP, em que se pretendia que fosse garantido aos seus associados o exercício do direito de greve previsto no art. 37, VII, da CF ("Art. 37... VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica;"). Posição que também prevaleceu nos informativos 308, 430, 462, 468, 480 e 484. O Tribunal, por maioria, conheceu dos mandados de injunção e propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação, no que couber da Lei 7.783/89, que dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada.

A posição Concretista Individual Direta pode ser verificada no MI 721, em que foi julgado parcialmente procedente pedido formulado em Mandado de Injunção

impetrado, contra o Presidente da República, por servidora do Ministério da Saúde, para, de forma mandamental, adotando o sistema do regime geral de previdência social, Lei 8.213/91, art. 57, assentar o direito da impetrante à aposentadoria especial de que trata o § 4º do art. 40 da CRFB/88. No caso, a impetrante, auxiliar de enfermagem, pleiteava que fosse suprida a falta da norma regulamentadora a que se refere o art. 40, § 4º, a fim de possibilitar o exercício do seu direito à aposentadoria especial, tendo em vista ter trabalhado por mais de 25 anos em atividade considerada insalubre. No mesmo sentido dessa decisão encontram-se os informativos 442 e 450.

Nessa decisão, o Supremo¹⁴ concedeu efeitos inter partes, através da aplicação analógica da lei geral da previdência social para suprir a omissão da ausência da Lei Complementar Federal do artigo 40 §4º da CRFB/88.

Esse artigo trata de dinheiro público, em atenção ao erário, com base nele, não seria provável que o Supremo Tribunal Federal desse uma decisão de abstrativização, ou seja, atribuisse efeitos erga omnes nessa hipótese, tendo que cada pessoa impetrar individualmente seu mandado de injunção para a defesa do seu direito a aposentadoria especial.

Conclui-se caber ao Judiciário, por força do disposto no art. 5º, LXXI e seu § 1º, da CRFB/88, não apenas emitir certidão de omissão do Poder incumbido de regulamentar o direito a liberdades constitucionais, mas, principalmente viabilizar, nos casos concretos, o exercício desse direito, consagrado pela Carta Constitucional, afastando as conseqüências da inércia do legislador.

¹⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão n. MI 721. Rel. Min. Marco Aurélio. D.J. 18 fev. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MI%24%2ESCLA%2E+E+721%2ENUME%2E%29+OU+%28MI%2EACMS%2E+ADJ2+721%2EACMS%2E%29&b ase=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bfv89na>> Acesso em :08 de abr. 2013.

Cabe mencionar que existia outra omissão que acabou de ser regulamentada pelo poder público, qual seja o artigo 7º XXI, que trata do aviso prévio proporcional, a lei já foi elaborada recentemente 12.506/2011, com isso, não cabe impetrar Mandado de Injunção caso exista uma lei regulamentando o direito.

A Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão é uma inovação da CRFB/88, inspirada no artigo 283 da Constituição portuguesa. O que se busca através da ADIn por omissão é combater a “doença” chamada pela doutrina de “síndrome de inefetividade das normas constitucionais”.¹⁵

Conforme dispõe o artigo 103 § 2º da Constituição Federal: “Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.” O que se pretende é conceder efetividade a norma constitucional destituída de efetividade, qual sejam, as normas de eficácia limitada.

A omissão pode ser total ou absoluta, quando a falta de norma regulamentadora for completa, ou seja, não existir norma alguma que regule aquele direito, ou parcial, mesmo existindo uma lei, essa é insuficiente.

A omissão total pode ser verificada no artigo 37 VII da CRFB/88, não existe uma lei que regule o direito de greve (ver o que foi dito sobre a posição concretista geral no Mandado de Injunção). Já a omissão parcial pode ser parcial propriamente dita ou parcial relativa. Na omissão parcial propriamente dita, existe a lei, porém regula de forma deficiente o texto, por exemplo, o artigo 7º IV, que dispõe sobre o direito ao salário mínimo, a lei existe, porém o valor estipulado para o salário mínimo é muito

¹⁵LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.217

inferior para que se possa dar efetividade à norma. Na omissão parcial relativa, a lei também existe, porém apenas concede determinado benefício a certa categoria e não a outra que também deveria ter sido beneficiada. Nesse contexto conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal prevalece a súmula 339, que dispõe: “Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia”.

A omissão a ser regulamentada pode ser do executivo, legislativo ou do próprio judiciário.

Os legitimados dessa ação estão no artigo 103 da CF, o que restringe a utilização dessa ação constitucional. O órgão competente para a apreciação dessa ação é o Supremo Tribunal Federal, conforme dispõem artigos 103 §2º c/c 102 - I a da Constituição.

A ADIn por omissão tem natureza mandamental que constitui em mora o poder competente que não elaborou a lei, quando deveria ter feito. Na ADIn¹⁶ por omissão 3.682, O Ministro Carlos Britto:

[...] Quando a nossa constituição falou em dar ciência ao poder competente, claro que mais de um poder, não só ao Poder Legislativo, apenas a Constituição avançou o comando de que, em se tratando de órgão administrativo, esse prazo seria de trinta dias, mas sem com isso excluir a possibilidade de se fixar um prazo, logicamente maior para o Poder Legislativo.

O mandado de injunção, assim como a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão, buscam combater a denominada “síndrome da inefetividade das normas constitucionais”. Pelo princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, existindo um direito garantido pela Constituição Federal, não é

¹⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na ADI 3682. Rel. Min. Gilmar Mendes. D.J. 17 set. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+3682%2ENUMER%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+3682%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cgjolxf>> Acesso em: 08 abr. 2013.

aceitável que o seu exercício seja inviabilizado por quem detém o dever de lhes conceder efetividade.

4. ATIVISMO JUDICIAL EM DECISÕES DO STF; 4.1) OS RISCOS PARA A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA; 4.2) RISCOS DA POLITIZAÇÃO DA JUSTIÇA.

Como exposto nos capítulos anteriores, devido à crise de representatividade e legitimidade do Poder Legislativo, o Judiciário, principalmente o Supremo Tribunal Federal, vem proferindo decisões de forma a solucionar as omissões legislativas, de forma a atender as demandas sociais de maneira efetiva. Cabe ressaltar que decisões ativistas devem ser eventuais, e não a regra e devem ocorrer em momentos históricos determinados.

Importante mencionar algumas decisões tomadas pela Suprema Corte que demonstram a sua atuação ativista, tais como, no caso da demarcação da reserva Raposa Serra do Sol em que houve a imposição de 19 medidas para a implementação da demarcação; na decisão que impôs a fidelidade partidária (já mencionada no capítulo 2), o direito de greve no serviço público (mencionado no capítulo 3), a proibição do nepotismo (na Ação Declaratória de Constitucionalidade 12/2008¹⁷, o uso restrito das algemas, distribuição de medicamentos, direito à educação disponibilizando vagas em creches, entre outras.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na ADC 12. Rel. Min. Carlos Britto. D.J. 18 fev. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADC%24%2ESCLA%2E+E+12%2ENUME%2E%29+OU+%28ADC%2EACMS%2E+ADJ2+12%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/atyqf9h>> Acesso em: 08 abr. 2013.

Em relação à decisão sobre as células tronco em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 3510)¹⁸, que foi ajuizada pelo ex-Procurador-Geral da República Claudio Fonteles em que se questionava a constitucionalidade do artigo 5º da lei 11.105/05, lei de biossegurança, foi decidido pelo STF que o artigo era constitucional.

O Supremo decidiu que as pesquisas com células-tronco embrionárias não violam o direito à vida, tampouco a dignidade da pessoa humana. Para seis Ministros, o artigo 5º da Lei de Biossegurança não merece reparo, sendo constitucional, nesse sentido os ministros Carlos Ayres Britto, relator da matéria, Ellen Gracie, Cármen Lúcia Antunes Rocha, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio e Celso de Mello.

Relator da ADI 3510¹⁹, o ministro Carlos Ayres Britto votou pela total improcedência da ação, fundamentando seu voto em dispositivos da Constituição Federal que garantem os direitos à vida, à saúde, ao planejamento familiar e à pesquisa científica. Mencionou, também, o espírito de sociedade fraternal que emana da Constituição Federal, ao defender a utilização de células-tronco embrionárias na pesquisa para curar doenças.

O Supremo Tribunal Federal proferiu julgamento na ADPF 132/RJ e ADI 4277/DF em que se discutia o *status* jurídico das uniões homo afetivas, e conferiu ao artigo 1.723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição, de forma a retirar qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e

¹⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na ADI 3510. Rel. Min. Ayres Britto. D.J. 16 ago. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+3510%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+3510%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/av7pz4c>> Acesso em: 08 abr. 2013.

¹⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na ADI 3510. Rel. Min. Ayres Britto. D.J. 16 ago. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+3510%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+3510%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/av7pz4c>> Acesso em: 08 abr. 2013.

duradoura entre pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”, entendida esta como sinônimo perfeito de “família”.

Os instrumentos de controle de constitucionalidade que estão à disposição do Supremo têm como finalidade permitir que esse tribunal cumpra a sua função, que é dar efetividade aos comandos Constitucionais.

Na Ação Direta de Constitucionalidade 12/2008, proposta pela Associação dos Magistrados do Brasil (AMB) e em prol da Resolução nº 07/2005, do Conselho Nacional de Justiça, que “disciplina o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, no âmbito dos órgãos do Poder Judiciário e dá outras providências”.

O STF julgou procedente pedido para declarar a constitucionalidade da Resolução 7/2005, do Conselho Nacional de Justiça, entendendo que não há violação ao princípio da separação dos Poderes, nem ao princípio federativo, uma vez que, o CNJ não usurpou atribuições do Poder Legislativo, apenas exerceu as competências que foram constitucionalmente reservadas a ele.

Em relação à distribuição de medicamentos, já restou consolidada a responsabilidade do Poder Público pelo fornecimento de medicamentos aos que necessitam, não sendo causas de exclusão da responsabilidade do Poder Público os argumentos de falta de dotação orçamentária e a violação da separação e independência dos poderes.

Conforme dispõe o artigo 196 da Constituição Federal: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Nesse sentido posicionamento da Suprema Corte:

Consolidou-se a jurisprudência desta Corte no sentido de que, embora o art. 196 da Constituição de 1988 traga norma de caráter programático, o Município não pode furtar-se do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde por todos os cidadãos. Se uma pessoa necessita, para garantir o seu direito à saúde, de tratamento médico adequado, é dever solidário da União, do Estado e do Município providenciá-lo.²⁰

O recebimento de medicamentos pelo Estado é direito fundamental, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada sua necessidade e a impossibilidade de custeá-los com recursos próprios. Isso por que, uma vez satisfeitos tais requisitos, o ente federativo deve se pautar no espírito de solidariedade para conferir efetividade ao direito garantido pela Constituição, e não criar entraves jurídicos para postergar a devida prestação jurisdicional.²¹

Outra decisão importante foi na ADPF 45, ajuizada contra veto que, emanado do Presidente da República, incidiu sobre o § 2º do art. 55 (posteriormente renumerado para art. 59), de proposição legislativa que se converteu na Lei nº 10.707/2003 (LDO), destinada a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da lei orçamentária anual de 2004.

O autor da ação constitucional sustentava que o veto presidencial importou em desrespeito a preceito fundamental decorrente da EC 29/2000, que foi promulgada para garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde. Apesar de ter sido extinta sem resolução do mérito por perda superveniente do interesse de agir, o supremo mencionou na decisão o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, o mínimo existencial a ser sempre respeitado, além da reserva do possível que não poderá ser invocada sem qualquer critério.

²⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg. No Agravo de Instrumento 550530. Rel. Min. Joaquim Barbosa. D.J. 16 ago. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28AI%24%2ESCLA%2E+E+550530%2E+ENUME%2E%29+OU+%28AI%2E+ACMS%2E+ADJ2+550530%2E+ACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/afol6d2>> Acesso em: 08 abr. 2013.

²¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 607381. Rel. Min. Eros Grau D.J. 18 março 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+607381%2E+ENUME%2E%29&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/b7z4hvj>> Acesso em: 08 abr. 2013.

4.1 OS RISCOS PARA A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA

Apesar do papel desempenhado pelo Poder Judiciário, os seus membros não foram eleitos, surgindo um questionamento sobre a legitimidade democrática da função judicial e os seus limites.

Seria possível a um órgão não eleito, como o Supremo Tribunal Federal, ir contra a decisão do Congresso Nacional ou do Presidente da República, que foram eleitos pela vontade popular?

O fundamento normativo da legitimidade estaria na própria Constituição Federal, que confere esse poder ao Judiciário. Uma parcela de poder político é exercida por agentes públicos que não foram eleitos.

Quando os juízes e tribunais aplicam a Constituição e as leis estão fazendo prevalecer às decisões do constituinte ou legislador, que são representantes do povo, buscando sempre a preservação da democracia.

A Constituição deve estabelecer as diretrizes e fundamentos da democracia, assegurando a todos uma participação política e com um governo eleito pela maioria, além de proteger valores e garantias fundamentais. Quem interpreta a Constituição em último plano é o Supremo Tribunal Federal, de maneira a resguardar os direitos consubstanciados na Constituição e a democracia, de forma que, isso seria uma garantia e não um risco para a legitimidade democrática.

Portanto, a jurisdição constitucional bem exercida é antes uma garantia para a democracia do que um risco. Impõe-se, todavia, uma observação final. A importância da Constituição – e do Judiciário como seu intérprete maior – não

pode suprimir, por evidente, a política, o governo da maioria, nem o papel do Legislativo. A Constituição não pode ser ubíqua²².

4.2 RISCOS DA POLITIZAÇÃO DA JUSTIÇA.

Direito seria política no sentido de que sua criação é produto da vontade majoritária que se exterioriza através da Constituição e das leis, além do fato de que a sua aplicação não é dissociada da realidade política, uma vez que produz efeitos sociais.²³

Porém não se pode afirmar que direito é política, de maneira que não podem prevalecer decisões livres, de discricionariedade plena, tendenciosas ou partidarizadas.

Uma grande atribuição de poderes aos juízes poderia ocasionar uma politização da justiça. Com isso, os limites de sua atuação devem estar respaldados na Constituição e nas leis, não deixando prevalecer uma vontade política própria. O juiz deve ter em mente que apesar de não ser eleito o seu poder é representativo, emana do povo e é em nome dele que deverá ser exercido.

CONCLUSÃO

A judicialização e o ativismo são fenômenos distintos e, como foi analisado, estão presentes nas decisões jurídicas do Brasil nos últimos anos. A judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo

²²BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática, p.12 . Disponível em: <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em 20/09/2012.

²³BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática, p.13 . Disponível em: <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em 20/09/2012.

decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais, envolvendo uma transferência de poder para juízes e tribunais. A judicialização decorre do modelo de Constituição analítica e do sistema de controle de constitucionalidade que é adotado no Brasil, que possibilita que questões com grande relevância política e social sejam contempladas pelo judiciário por meio de ações judiciais.

O ativismo judicial expressa uma postura do intérprete, uma maneira ativa extensiva de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, de forma a ir além do legislador ordinário. É um mecanismo que tenta solucionar a inércia legislativa e questiona a respeito do silêncio legislativo inconstitucional, tendo em vista que todos os direitos Constitucionais merecem ser plenamente assegurados.

Os riscos da judicialização e do ativismo envolvem a legitimidade democrática, a politização da justiça e a falta de capacidade institucional do Judiciário para decidir determinadas matérias. Porém, essa ameaça de violação à legitimidade democrática é atenuada, na medida em que os magistrados se atenham a aplicar diretamente a Constituição e as leis. É certo que diante de cláusulas abertas e conceitos jurídicos indeterminados, o poder criativo do juiz se expande a um nível quase normativo, porém, existindo lei válida o juiz deve aplicá-la.

No que diz respeito à capacidade institucional, o Judiciário deverá verificar se no caso em questão um outro Poder do Estado poderia decidir a matéria de uma maneira melhor, por ter melhor qualificação.

O Judiciário é o guardião da Constituição e deve dar efetividade a ela, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, mesmo que em face dos outros Poderes. Cabe salientar que suas decisões deverão sempre respeitar a racionalidade, motivação, correção e justiça.

Conclui-se que, ao contrário do que se poderia pensar, a democracia é fortalecida com o ativismo judicial e não violada, como afirma a teoria da dificuldade contra-majoritária. A sociedade aberta de interpretes da Constituição, em conjunto com o ativismo judicial, vai resultar em um fortalecimento da democracia.

Por fim, cabe ressaltar que o ativismo judicial tem sido parte da solução, e não do problema, porém deve ser utilizado eventualmente e de forma contida, de maneira que, é necessária uma reforma política, e essa não pode ser feita por juízes.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível: <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em 07/04/2012.

_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão n. MI 670. Rel. Min. Gilmar Mendes. D.J. 31 out. 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MI%24%2ESCLA%2E+E+670%2ENUME%2E%29+OU+%28MI%2EACMS%2E+ADJ2+670%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cswygf3>> Acesso em: 08 abr. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão n. MI 721. Rel. Min. Marco Aurélio. D.J. 18 fev. 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MI%24%2ESCLA%2E+E+721%2ENUME%2E%29+OU+%28MI%2EACMS%2E+ADJ2+721%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bfv89na>> Acesso em :08 de abr. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na ADI 3682. Rel. Min. Gilmar Mendes. D.J. 17 set. 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+3682%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+3682%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cgjolxf>> Acesso em: 08 abr. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na ADC 12. Rel. Min. Carlos Britto. D.J. 18 fev. 2010. Disponível em; <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADC%24%2ESCLA%2E+E+12%2ENUME%2E%29+OU+%28ADC%2EACMS%2E+ADJ2+12%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/atyqf9h>> Acesso em: 08 abr. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na ADI 3510. Rel. Min. Ayres Britto. D.J. 16 ago. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+3510%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+3510%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/av7pz4c>> Acesso em: 08 abr. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg. No Agravo de Instrumento 550530. Rel. Min. Joaquim Barbosa. D.J. 16 ago. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28AI%24%2ESCLA%2E+E+550530%2ENUME%2E%29+OU+%28AI%2EACMS%2E+ADJ2+550530%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/afol6d2>> Acesso em: 08 abr. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Bem Decl. No Ag. Reg no Ag de Instrumento 805.685. Rel. Min. Luiz Fux. D.J. 22 maio 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+607381%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+607381%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/b7z4hvj>> Acesso em: 08 abr. 2013.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MACIEL, Débora Alves, Koender, Andrei. *Sentidos da judicialização da política: duas análises*. Disponível em: www.scielo.br/pdf/ln/n57/a06n57.pdf. Acesso em 26/08/2012.

MENDES, Gilmar Ferreira *et al.* *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*, vol. 1. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

MORAES, Guilherme Pena de. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2012.

REIS, José Carlos Vasconcellos dos. *As Normas Constitucionais Programáticas e o Controle do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SOUZA, Laura Gomesides de. A separação dos poderes e as funções precípua de cada um deles. Disponível em : <www.lfg.com.br/public_html/article.php?story>. Acesso em 07/04/2012.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 2 ed. São Paulo Malheiros, 2008.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Sindicar a Omissão Legislativa: Real Desafio à Harmonia entre os Poderes*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.