

FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE

DAVID SANTANA SANTOS

**ATIVISMO JUDICIAL FRENTE À INÉRCIA DO PODER LEGISLATIVO NA
REGULAMENTAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS**

Aracaju/SE
2015.

DAVID SANTANA SANTOS

**ATIVISMO JUDICIAL FRENTE À INÉRCIA DO PODER LEGISLATIVO NA
REGULAMENTAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS**

Monografia apresentada à Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe como um requisito parcial de conclusão do curso de bacharel em direito tendo como orientador o Prof. MSc . Augusto César leite de Rezende.

Aracaju/SE
2015

DAVID SANTANA SANTOS

**ATIVISMO JUDICIAL FRENTE À INÉRCIA DO PODER LEGISLATIVO NA
REGULAMENTAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS.**

Monografia apresentada à Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe como um requisito parcial de conclusão de curso de bacharel em direito tendo como orientador o Prof. MsC. Augusto César Leite de Rezende.

Aprovada em ____/____/____ .

Banca Examinadora:

Prof. Msc Augusto César Leite de Rezende.

Prof. Msc Ermelino Costa Cerqueira.

Prof. Msc Anderson Clei Santos.

Dedico este trabalho acadêmico à minha Mãe, Mércia Santana e à minha Irmã, Daiana Santana.

AGRADECIMENTO

Agradecer é uma palavra curta, mas com um significado imenso, mas que por vezes não nos lembramos desse gesto tão rico.

Um trecho de uma das músicas da Banda Legião Urbana, chamada Índios que diz:

“quem me dera que o mais simples fosse visto como o mais importante”.

De tão simples esquecemo-nos de dizer um “muito obrigado”.

Começo a agradecer por quem me deu o dom da vida, que permitiu que chegasse até aqui. Deus, o criador de todas as coisas, muito obrigado Pai, por toda proteção dada não só a mim, mas a toda minha família.

Agradeço a Nossa Senhora Aparecida, por todas as graças alcançadas em minha vida e da minha família.

Agradeço à Pessoa com maior influência na minha vida. A que me ensina a mostrar o melhor lado do Ser Humano. Mãe obrigada por estar presente em todos os momentos da minha vida, me apoiando nas minhas decisões.

À minha Irmã, Daiana.

À minha Avó Maria Gracinda.

À minha Avó, Ângela.

À Bilú, por estar presente em todos os momentos da minha vida.

Aos meus Tios da família Santana.

Aos meus Tios da família Pita.

Aos meus primos queridíssimos.

À Rafael e Família, por todo incentivo dado para que eu pudesse iniciar o curso.

Aos meus amigos desde a época do Ensino Fundamental do Colégio Anísio Teixeira: Allan Monteiro, Rafael Marcelino, Jubinha, Amara, Felipe, Erika, Thiago e Michele.

Aos meus amigos desde a época do Ensino Médio no Colégio Petrônio Portela: Ana Carolina; David Brito; Diego Bomfim; Eduardo e Tassia Helena.

À Família Bomfim, por sempre me acolher tão bem.

Aos meus amigos desde a época do curso preparatório para o Vestibular: Dany, Patrícia, Fábio, Fleury, Sarah, Johnan, Douglas, Rodrigo, Alanilson e Hugo.

Aos meus amigos da Graduação, em especial: Nilton, Pryscila, Edilma Menezes, Bruna Marinho, Caique, Antônio Vinícius, Lucas Melo, Francly, Jaciara, Bruna Rafaela, Floriano, Saulo Álvares, Elaine, Vânia, Elaine, Joseane, Dani, Márcia Cristina.

Ao meu Orientador Augusto César Leite Rezende, por toda atenção dada nesse Trabalho de Conclusão de Curso. Um Profissional no qual me espelho.

Aos Professores: Kleidson Nascimento, Fábio Braga, Marcelo Macedo, Sandro Costa, Ermelino Cerqueira, Fernanda, Zé Carlos, Diogo Dórea, Carlos Magno, Pedro Dias, Gilberto de Moura, Everton, Evânio Moura, Matheus Meira, Lucas Cardinali, Daniela, Afonso, Oliva, Alessandro, Alexandre Manoel, Antonina, Vitor Condorelli, Aldo Rabelo, André Paixão e André Luiz, Marcos Vander.

A equipe e amigos da Fanese: Solange, Melissa, Stefan, Ruama, Myllena, Lícia, Lucielma e demais funcionários.

Aos ex-funcionários: Nágila, Iracelma e Rayane que tanto contribuíram na minha vida acadêmica.

Ao pessoal do Escritório Verônica Castro, no qual tive à honra de estagiar, nas pessoas de Daiane Andrade, Márcio Vagner (o piloto), Juliana Aragão, Hamilton, Rafaela Guimarães, Sol e à Verônica Castro, pela confiança.

Aos que passaram por lá: Fernanda (Nanda) Grisi, Andréa de Azevedo, Carla (Carlinha), Salesca Oliveira.

Aos meus ex-colegas de estágio: Aloisio, Bruna Barreto, Bia, Pedro e Bruna Larissa.

Ao meu amigo Alisson Almeida, por todos os ensinamentos.

À minha amiga Anne Thuyane, que acompanhou os primeiros passos dessa trajetória e que sempre vem com boas energias.

Aos meus amigos: Gilson Mota, Gordinho, Almir, Arilson, pelo apoio e incentivo.

À Renato, Anne Teresa e À Fátima, por todo incentivo.

Em fim, muitíssimo obrigado a todas às pessoas que de alguma forma contribuíram ao longo desses cinco anos.

“Vem vamos embora, que esperar não é saber”.

Geraldo Vandré

RESUMO

O Brasil antes da Constituição Federal de 1988, viveu o período do autoritarismo, em que os direitos e garantias fundamentais foram suprimidos. Com a promulgação da Constituição Cidadã, esse termo dado à época de sua elaboração, trouxe uma série de direitos e garantias fundamentais, a fim de que o período negativo retornasse. O Constituinte Originário estabeleceu as atribuições dos três Poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário, com o intuito de estabelecer um Estado Democrático de Direito. Após 27 anos da promulgação da Carta Política uma série de direitos fundamentais não foram devidamente regulamentados, devido a inércia do poder responsável pela criação das normas, qual seja, o Poder Legislativo. O Cidadão, que escolheu o seu representante político, desacreditado neste, por uma série de motivos, procura o Judiciário, com a esperança de ver o seu direito fundamental garantido. O Supremo Tribunal Federal, que é o guardião da Constituição até o ano de 2007 adotava uma posição conservadora, onde se limitava à reconhecer o direito do Cidadão, e não dava a devida efetividade, por entender que não poderia intervir na outra esfera, se assim o fizesse estaria indo de encontro ao Princípio da Separação dos Poderes. Após os julgamentos dos Mandados de Injunção, impetrados por servidores públicos de três Estados, que reivindicavam o direito à greve devido a falta de lei regulamentando esse direito social. O art. 37, VII, da CRFB/88, garante aos servidores públicos o direito à greve, porém para que alcance sua efetividade é necessário uma lei que regulamente. A doutrina classificou essa decisão como uma conduta ativista. Ao longo dos anos o guardião da Constituição vem analisando questões polêmicas, outro exemplo a ser citado foi o reconhecimento da união homo afetiva, que na época dividiu os juristas acerca dos efeitos dessa decisão. O constituinte originário, estabeleceu a judicialização como instrumento de efetividade da Lei Maior, definindo os parâmetros para tal. Já o Ativismo Judicial não possui um parâmetro específico, e sim parte pelo caráter pessoal do julgador. O debate acerca do tema é se o Ativismo causa insegurança jurídica ou dá máxima efetividade à Constituição Cidadã.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Ativismo judicial. Instrumentos de efetividade da Constituição. Segurança jurídica.

ABSTRACT

The Brazil before the 1988 Federal Constitution, lived authoritarianism period in the rights and guarantees were suppressed. With the enactment of the Citizen Constitution, the term given due at the time of its completion, brought a series of rights and guarantees, so that the negative return period. The Constituent Originally established the duties of the three branches: executive, legislative and judiciary, in order to establish a democratic state. After 27 years of the promulgation of the Political Charter a number of fundamental rights were not properly regulated, due to inertia of the power responsible for creating the rules, namely the legislature. The Citizen, which chose its political representative, discredited this for a number of reasons, demand the judiciary, with the hope of seeing their fundamental right guaranteed. The Supreme Court, which is the guardian of the Constitution until 2007 adopted a conservative position, which was limited to recognizing the right of the Citizen, and did not give proper effectiveness, understanding that it could not intervene in another sphere, thus I did would be going against the principle of separation of powers. After the judgment of the Warrants injunction, filed by civil servants from three states in claiming the right to severe due to lack of law regulating this social right. The art. 37, VII, the CRFB / 88 guarantees to public servants the right to strike, but to reach its effectiveness is needed a law to regulate. The doctrine has classified this decision as an activist conduct. Over the years the guardian of the Constitution has been analyzing controversial issues, another example being ctado was the recognition of Homo affective Union, which then divided the lawyer about the effects of that decision. The original constituent, established the judicialization effectiveness as an instrument of the Greater Law, defining the parameters for such. Already the Judicial Activism does not have a specific parameter, but part by the personal character of the judge. The debate on the subject is the Activism causes legal uncertainty or give maximum effectiveness to the Citizen Constitution.

Keywords: Fundamental Rights. Judicial activism. Effectiveness Instruments of the Constitution. Legal security.

LISTA DE SIGLAS

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil.

MI - Mandado de Injunção.

HD- Habeas Data.

HC- Habeas Corpus.

MS- Mandado de Segurança.

Art. – Artigo.

STF- Supremo Tribunal Federal.

STJ- Superior Tribunal de Justiça.

ADO- Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	15
2 DIREITOS FUNDAMENTAIS	18
2.1 Conceito	18
2.2 Histórico	18
2.3 Princípios ligados aos direitos fundamentais	20
2.3.1 Princípio da dignidade da pessoa humana	20
2.3.2 Princípio da igualdade	21
2.4 Características dos direitos fundamentais	21
2.4.1 Efetividade	21
2.4.2 Universalidade	21
2.4.3 Imprescritibilidade	21
2.4.4 Indisponibilidade	22
2.4.5 Inalienabilidade	22
2.4.6 Complementariedade	22
2.5 Os direitos fundamentais na constituição federal de 1988	22
2.6 Hierarquia dos tratados que versam sobre os direitos fundamentais após à emenda 45	24
3 GARANTIAS FUNDAMENTAIS	26
3.1 Conceito	26
3.2 Os remédios constitucionais X garantias fundamentais	26
3.2.1 Habeas corpus	26
3.2.2 Mandado de segurança	27
3.2.3 Mandado de injunção	27
3.2.4 Habeas data	28
3.4.5 Ação popular	28

3.5 As Garantias Fundamentais X Constituição Federal de 1937	29
4 MANDADO DE INJUNÇÃO	31
4.1 Histórico	31
4.2 Aplicabilidade da norma no ordenamento jurídico brasileiro.....	31
4.2.1 Eficácia das Normas	31
4.3 Modalidades de Mandado de Injunção	33
4.3.1 Individual	33
4.3.2 Coletivo	34
4.4 Legitimidade ativa	34
4.5 Teorias acerca do Mandado de Injunção	34
4.5.1 Teoria Concretista	35
4.5.2 Teoria não Concretista	35
4.6 Distinção entre Mandado de Injunção e Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão	36
4.6.1 Alcance	36
4.6.2 Controle	36
4.6.3 Legitimidade ativa	36
4.6.4 Competência	37
5 ATIVISMO JUDICIAL	39
5.1 Conceito	39
5.2 Histórico	39
5.3 Posição do supremo tribunal federal a partir de 2007 e a influência do Mandado de Injunção	39
5.4 segurança ou insegurança jurídica?	42
5.4.1 Técnica da ponderação	43
5.4.1.1 Princípio da proporcionalidade	44
5.4.1.2 Princípio da razoabilidade	44

5.4.2 Teoria dos Freios e Contrapesos	44
5.5 Judicialização x Ativismo Judicial	45
6 CONCLUSÃO	47
7 REFERÊNCIAS	50

1 INTRODUÇÃO

O Sistema Jurídico brasileiro passou por várias fases. Do período monárquico ao período democrático de direito.

Com a evolução da sociedade, e por conseguinte suas relações, houve um acréscimo de atribuição do Estado. Dentre elas, o dever de efetivar os Direitos e Garantias Fundamentais, através de Políticas Públicas, atribuindo a cada Poder funções específicas, chamada pela Doutrina, de funções típicas.

Ao Poder Executivo à função de Administrar, ao Poder Legislativo a de criar normas e fiscalizar os atos do Poder Executivo e ao Poder Judiciário, a atribuição de aplicar a norma no caso concreto.

Os Poderes citados anteriormente estão inseridos no texto constitucional no art. 2º, onde diz que esses são harmônicos e independentes entre si. Eles possuem papel fundamental na evolução da sociedade. Possuindo cada Poder função específica. Com exceção em alguns casos, elencados na Carta Magna, chamada pela Doutrina de funções atípicas.

Montesquieu na Obra O Espírito das Leis, disse que nenhum Poder é absolutamente livre, devendo um ser controlado pelo outro.

O Poder Legislativo com a Competência de criar normas possui também à atribuição de investigar atos e contratos da Administração Pública, tendo previsão atribuição no art. 58, Parágrafo Terceiro, da CRFB/88. Essa é conhecida no ordenamento como função atípica do Poder Legislativo.

O Poder Executivo pode em determinadas situações exercer funções atípicas, no que concerne Legislar sobre algumas matérias, a exemplo do disposto no art. 62, da CRFB/88, nas chamadas Medida Provisórias.

Já o Poder Judiciário desempenha função atípica, quando esse exerce a função de auto-organização dos seus tribunais, conforme dispõe o art. 93, caput, da CRFB/88.

Às funções atípicas apresentadas estão previstas na Constituição Federal. Entretanto, o Poder Judiciário vem exercendo outra função atípica, qual seja, a de regulamentar a norma no caso concreto, através do uso de analogia, de normas já existentes para outras que necessitam de regulamentação.

Até o ano de 2007, o Supremo Tribunal Federal adotava uma posição conservadora, conhecida no Ordenamento Jurídico, como posição Não Concretista,

onde o Judiciário se limitava a reconhecer o direito do cidadão, porém, não dava efetividade à tal direito. Com o julgamento de vários Mandados de Injunção impetrados por servidores públicos que reivindicavam direito à greve, que é regulamentada na Lei 7783/89, para os trabalhadores da iniciativa privada.

Após os julgamentos dos Mandados de Injunção, o Supremo Tribunal Federal, passou a adotar um posicionamento menos conservador, classificada na Doutrina como posição Concretista.

Para parte da Doutrina, a nova posição do STF estaria confrontando o Princípio da Separação dos Poderes. Já para a outra parte da Doutrina, a conduta ativista do Poder Judiciário é positiva, pois estaria dando efetividade aos Direitos e Garantias fundamentais estabelecidos na Constituição brasileira de 1988, conhecida também, como Constituição Cidadã.

A escolha do tema se deu pelo impacto social e político com a conduta adotada pelo Judiciário de 2007 até os dias atuais. Se esse posicionamento iria causar uma insegurança jurídica ou se iria apenas acrescentar como meio de efetividade ao texto constitucional.

O presente trabalho acadêmico teve os seguintes objetivos:

Observar se a interferência do Poder Judiciário face ao Poder Legislativo, bem como a segurança jurídica;

Verificar se o novo posicionamento do Supremo Tribunal Federal vai de encontro ao que reza à Constituição da República Federativa do Brasil;

Analisar se houve ou não choque de princípios com a conduta Concretista da Suprema Corte brasileira.

O trabalho foi dividido em Cinco Capítulos. O primeiro capítulo vem com uma introdução a cerca do tema.

O segundo capítulo versa sobre os Direitos Fundamentais, fazendo um apanhado da parte histórica até os dias atuais, bem como as suas principais características.

O terceiro capítulo aborda sobre as Garantias Fundamentais, abordando a parte histórica e a distinção entre Direitos Fundamentais e Garantias Fundamentais, destacando os remédios constitucionais como um instrumento de efetividade dos direitos fundamentais, sendo os direitos fundamentais, gênero, e a garantia fundamental uma espécie.

O quarto capítulo fala sobre o Mandado de Injunção, bem como o seu surgimento no ordenamento jurídico brasileiro com a Constituição Federal de 1988, e sua importância na regulamentação dos Direitos e Garantias Fundamentais.

E o quinto e último capítulo versa sobre o Ativismo Judicial, trazendo uma análise crítica, da conduta do Poder Judiciário, frente à Inércia do Poder Legislativo.

Foi utilizado como meio de pesquisa: a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal; a pesquisa por meio da Doutrina; artigos científicos e pesquisa via Internet.

Por fim, o método de pesquisa foi o Dedutivo e a abordagem qualitativa, através de pesquisa doutrinária, via internet e julgados do Supremo tribunal federal..

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 Conceito

Os Direitos Fundamentais não encontram um conceito único por parte da doutrina, haja visto a sua vasta aplicação e interpretação.

Segundo a definição do Doutrinador Ingo Wolfgang Sarlet, o ser humano tem valores próprios, não podendo esse ser tratado como um mero objeto¹.

Seguindo esse pensamento, não podemos definir em um conceito simples sobre do que seriam os Direitos Fundamentais, porém, esses se aplicam aos seres humanos pelo simples fato de serem humanos.

Para Vítor Hugo Nicastro Honesko, não tem como ter um conceito definido de Direitos Fundamentais, antes de se ter um conceito da terminologia dos Direitos Humanos².

Apesar de não haver um conceito unânime na Doutrina, acerca do Conceito do que seriam os Direitos Fundamentais, inegável é a sua importância para a manutenção da sociedade.

2.2 Histórico

A humanidade por séculos foi regida pela autotutela, onde os conflitos eram solucionados através da força, onde vencia o mais forte.

Com a evolução dos povos, surgia a necessidade da criação de um ente, para reger tais povos, com isso, a criação, do que hoje é conhecido como Estado. Em um primeiro momento, o Estado ficou limitado a regular a relação privada, sobre questão ligada à propriedade e à liberdade. A segunda está relacionada à punição do indivíduo que à vida de outrem.

Ao passar dos anos, o estado foi ganhando cada vez mais espaço, interferindo na vida dos povos. Essa interferência provocou uma revolta por parte da população, que tinha agora sua vida regulada por um ente comandado por Reis, que detinham o Poder e regulamentavam as vidas dessas pessoas, essa época ficou conhecida

¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988, p. 30 – São Paulo: Atlas, 1999.

²HONESTO, Vítor Hugo Nicastro. A Norma Jurídica e os Direitos Fundamentais: um discurso sobre a crise do positivismo jurídico, p. 133 – São Paulo: RCS Editora, 2006.

como o período Absolutista, onde se dizia que o Rei era representante do Divino, logo as decisões proferidas por ele não podiam ser contestadas, haja vista que Deus não errava.

Ao passar dos anos, a ideia que o Rei era representante de Deus, foi quebrada, com o advento do Iluminismo. Os iluministas não aceitavam a ideia de que o Rei não errava, bem como o seu autoritarismo, onde tudo tinha que passar por ele.

Um exemplo desse marco histórico foi na Inglaterra, com a instituição do bill of rights em 1688. Conferiu maiores poderes ao Parlamento e a soberania popular, limitando os dizeres do Rei .³

A doutrina classificou esse ponto da história como direito de Primeira Geração, onde se pleiteava um direito negativo, no qual o Estado teria que se abster da vida dos indivíduos. O que estava em evidência nesse tempo era o direito à vida, à propriedade, à igualdade, dentre outros.

Em um segundo momento, conhecido como Segunda Geração, o que estava em pauta eram os direitos sociais, em uma época em que o trabalho laboral tinha cargas extensas, principalmente nos países europeus, onde teve como marco histórico à Revolução Industrial, que teve origem na Inglaterra.

A Revolução Industrial surge com a problemática entre o crescimento do sistema capitalista e o trabalho, bem como ao crescimento populacional nas cidades que até então, tinham como característica, uma maior concentração nas áreas rurais.

Juliana Maia, descreve esse período como “O surgimento dessa segunda geração de direitos fundamentais marca a gradual passagem liberal de direito para o Estado liberal de Direito, no florescer do século XX”⁴.

Outro direito que teve evidência nessa época, foi o direito à Saúde, que apesar de está presente nas demais Gerações, teve um maior enfoque na Segunda Geração. Esse tema será melhor abordado no Capítulo seguinte, que versa sobre às Garantias Fundamentais.

³ Fonte retirada do sítio <http://www.infoescola.com/historia/iluminismo/>.

⁴ MAIA, Juliana. Aulas de Direito Constitucional de Vicente Paulo, - 8ª ed,- Rio de Janeiro: Impetus, 2006. p. 106.

Na Terceira Geração, o que se discutiu foi o direito da coletividade, o espaço comum e o Meio Ambiente, onde a obrigação passa a ser não somente do Estado, mas sim de todos.

Até então, não se tinha uma preocupação com as questões relacionadas ao Meio Ambiente. Com a consolidação do Sistema Capitalista e com o avanço da Indústria, o cenário mundial foi alterado no que se refere aos recursos naturais.

O Doutrinador Zulmar Fachin entende que a melhor nomenclatura, não seria de Geração, e sim de Dimensão, posto se tratar de uma evolução dos direitos fundamentais, enquanto que na Geração haveria uma substituição de uma geração pela outra.⁵

Há pensadores que entende que existe na atualidade uma Quarta Dimensão, seguindo como vetor o avanço da ciência e das novas tecnologias, à exemplo de Zulmar Fachin na sua Obra Curso de Direito Constitucional⁶.

Um dos principais marcos na história mundial acerca dos Direitos Humanos foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos, realizada pelas Nações Unidas em 1948 e a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, ocorrida no mesmo ano.

2.3 Princípios ligados aos direitos fundamentais.

Os princípios são como vetores, na criação, elaboração de uma norma, ou até mesmo na extinção de outra.

2.3.1 Princípio da dignidade da pessoa humana.

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é um dos princípios basilares no ordenamento jurídico brasileiro, estar elencado inclusive na Constituição da República de 1988, no III, do art. 1º, reconhecendo esse como um dos princípios fundamentais.

Ele segue à evolução dos direitos de primeira, segunda e terceira dimensão. Tendo como norteador a proteção da vida humana, sendo o Ser Humano prioridade.

⁵ FACHIN, Zulmar. Curso de Direito Constitucional/ Zulmar Fachin – 7 ed. ver. E atual – Rio de Janeiro: Forense. 2015

⁶ Ob. Cit.

O Doutrinador Paulo Gustavo Gonet Branco em sua Obra intitulada: Curso de Direito Constitucional, remonta a evolução dos direitos fundamentais, tendo às Constituições papéis importantíssimos na concretização de tais direitos. Dando ênfase inclusive ao Preâmbulo da atual Carta Magna brasileira, onde trata da promoção do Estado Democrático de Direito.

2.3.2 Princípio da Igualdade.

O Princípio da Igualdade, assim como o princípio da dignidade da pessoa humana, está positivado na Carta magna.

O 'caput', do art. 5º da CRFB/88, trata deste princípio, onde diz que todos são iguais perante a lei, garantindo igualdade entre brasileiros e estrangeiros residentes no país.

Esse que é um dos mais belos princípios existentes no ordenamento jurídico, não é absoluto, assim como nenhum outro. A própria Constituição no decorrer dos seus artigos traz distinções entre brasileiros e estrangeiros. Um exemplo clássico é o que parágrafo terceiro do art. 12, da CRFB/88, que versa sobre os cargos exclusivos de brasileiro nato. Entre eles o de Ministro do Supremo Tribunal Federal.

2.4 Características dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais possuem algumas características, que terão que ser observadas, são elas: efetividade; universalidade; imprescritibilidade; indisponibilidade; inabilidade e complementariedade.

2.4.1 Efetividade

Os direitos fundamentais para surtirem todos os seus efeitos, terão que ter como precursor uma atuação enérgica do Poder Público.

2.4.2 Universalidade.

Todas às pessoas têm, sem distinção tem direitos fundamentais, independente de crença, etnia, religião ou convicção política. Como diz o art. 5º, 'caput', da Constituição Federal de 1988.

2.4.3 Imprescritibilidade.

Os direitos fundamentais não prescrevem, em regra, porém há direitos que será atingido pela prescrição, a exemplo do direito à declaração de proprietário de um imóvel adquirido pela usucapião, pelo decurso de tempo, como estabelece o Código Civil brasileiro.

Segundo o Doutrinador Alex Barreto “Haja vista que não são extintos ou revogados em razão do seu não exercício por um determinado período de tempo”.⁷

2.4.4 Indisponibilidade.

O indivíduo não poderá dispor de um direito considerado fundamental, posto esse ser indisponível, posto esse ser inerente à condição humana.

2.4.5 Inalienabilidade.

Não haverá transferência dos direitos fundamentais, não podendo tais direitos ser transferidos em nenhuma hipótese, como afirma Alexandre Muniz Barreto.⁸

2.4.6 Complementariedade.

Os direitos fundamentais se complementam, eles não estão de forma isolada.

2.5 Os Direitos fundamentais na Constituição Federal brasileira de 1988.

De início podemos dizer que uma das principais inovações trazidas pela Constituição Federal de 1988, foi uma alteração formal nos seus primeiros capítulos das demais Constituições, posto os Direitos Fundamentais estarem antes da parte que versa sobre as questões políticas e de ordem financeira, trouxe no seu Título II

⁷ Barreto, Alex Muniz. Direito Constitucional Positivo/ Alex Muniz Barreto. 2ªed, CL EDIJUR- Leme-SP. 2015. Pag216

⁸ Ob. Cit. Pag. 216.

uma série de Direitos Fundamentais, mas esses direitos não estão exclusivamente elencados no título em fomento, eles estão espalhados durante o decorrer do texto desta Carta magna, a exemplo do art. 205, que versa sobre o direito à Educação.

O direito a Educação que por sinal, teve uma maior influência na Segunda Dimensão, é considerado pela doutrina de forma unânime como um direito fundamental.

Um direito que passou a ser considerado com a promulgação da Constituição Federal de 1988 Fundamental, foi à Saúde, que antes da atual Carta Magna, era classificada como um serviço público. A saúde no atual ordenamento é considerado um direito social, sendo um direito a todos aos brasileiros. Diz o art. 6^a, da CRFB/88:

“Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

O direito à greve, que está elencado nos direitos sociais, no art.9º, da CRFB/88, reflexo da segunda dimensão. No “Art. 9º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender”.

Esse direito surgiu com sua eficácia limitada, pois como proclama o § 1º, a lei definirá, os serviços de caráter essencial.

“(…) § 1º A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade”.

O Constituinte de 88 se preocupou em dar uma maior garantia aos direitos fundamentais ao ponto de colocar no rol de Cláusulas Pétreas, direitos e garantias individuais. Entretanto, poderá haver restrições desses direitos em alguns momentos como menciona Zulmar Fachin⁹.

“Restrição. Um direito fundamental, considerado cláusula pétrea, pode sofrer restrições por obra do constituinte originário. A Constituição de 1988, elaborada pelo constituinte originário, autoriza tal restrição em vários os momentos, tais como: a) o sigilo pode ser

⁹ FACHIN, Zulmar. Curso de Direito Constitucional/ Zulmar Fachin- 7ª ed. rev. E atual. –Rio de Janeiro, Forense. 2015. Pag. 248.

violada mediante autorização judicial (art. 5º, inciso XII); b) a publicidade dos atos processuais pode ceder diante da intimidade e do interesse social (art. 5º, inciso LX)”.

Apesar dessas restrições apresentadas pelo Doutrinador, o Constituinte Originário da elaboração da Lei Maior criou mecanismos para proteger os direitos fundamentais, posto que antes da promulgação da atual Carta Magna brasileira, o país passava por um período turbulento, com a redemocratização, posto um pouco antes ter vivido no período da Ditadura Militar. O Legislador, temeroso que esse período retornasse, deu ênfase aos Direitos e Garantias Fundamentais, na Constituição de 88, fortalecendo inclusive os mecanismos para dá efetividade a tais direitos.

Os direitos de primeira, segunda e terceira dimensão, influenciaram na elaboração da Constituição Cidadã. Como visto anteriormente na parte que versa sobre as Gerações ou Dimensões do direito, várias foram as fases percorridas da sociedade, desde o período monárquico, até o atual modelo, qual seja, o período Democrático.

Um dos instrumentos mais relevantes para a concretização dos direitos fundamentais é Mandado de Injunção, esse remédio constitucional, será estudado com maior profundidade no terceiro capítulo.

2.6 Hierarquia dos tratados que versam sobre os direitos humanos após à Emenda Constitucional nº45.

A Constituição Cidadã, como dito anteriormente deu destaque aos direitos fundamentais, colocando inclusive, alguns desses no rol de Cláusula Pétreas, elencados no art. 5º, do referido diploma.

O art. 60, da CRFB, diz no inciso IV: “§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir”. (...) IV - os direitos e garantias individuais.

Com o advento da Emenda Constitucional de nº 45, conhecida também como à reforma do Judiciário, trouxe uma mudança significativa a respeito dos status dos Tratados que versam sobre os Direitos Humanos. Tal alteração, acrescentou o parágrafo terceiro no art. 5º da CRFB, que diz:

(...) § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Para que seja equiparação a Emenda constitucional, deverá seguir esses ritos. Entretanto, caso não siga será considerada uma norma Supra Legal. Isso demonstrar a importância dos direitos e garantias fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro.

A Emenda Constitucional de 45 ficou conhecida também como a reforma do Judiciário, visto à vasta gama de alterações neste Poder.

Como é percebido os Direitos Fundamentais vem ganhando cada vez mais espaço no ordenamento jurídico brasileiro, tendo como parâmetro a Dignidade da Pessoa Humana, que por sua vez, têm como proteção o direito à vida, à liberdade, entre outros direitos basilares para a promoção humana.

O reflexo dos tratados de Direitos Humanos estão nos conflitos armados durante a história da humanidade, a exemplo da Primeira e Segunda Guerra Mundial, bem como o período Nazista ocorrido na Alemanha e o período Fascista ocorrido na Itália.

3 GARANTIAS FUNDAMENTAIS

3.1 Conceito

A Doutrina faz uma distinção sobre os direitos das garantias fundamentais, a exemplo do Doutrinador Vicente Paulo. Diz que.¹⁰

As garantias fundamentais seriam estabelecidos pelo texto constitucional como manto de proteção dos direitos fundamentais. Assim, ao direito à vida, corresponde a garantia de vedação à pena de morte; ao direito à liberdade de locomoção corresponde a garantia do Habeas Corpus.

Podemos conceituar as Garantias Fundamentais como instrumentos para efetivação dos direitos fundamentais.

O Direito Fundamental seria o gênero e a Garantia Fundamental seria a espécie.

A Constituição de 1988 surgiu em um momento em que o país estava em um período de redemocratização, o Legislador estava preocupado que o período nebuloso da Ditadura Militar retornasse, então criou uma série de mecanismos para dá efetividade ao texto constitucional.

3.2 Os Remédios Constitucionais X Garantias Fundamentais.

Os remédios constitucionais são as garantias para que o cidadão tenha seu direito fundamental protegido.

Com o advento da Constituição Cidadã de 1988, o rol de remédios constitucionais foi ampliado, sendo acrescentados: O Mandado de Segurança na modalidade coletivo, O Habeas Data e o Mandado de Injunção.

Passamos a ver a importância de cada remédio:

3.2.1 Habeas corpus.

O Habeas Corpus é o remédio constitucional mais antigo do nosso ordenamento jurídico, ele estar presente desde 1832, a sua primeira codificação no

¹⁰ MAIA, Juliana. Aulas de direito constitucional de Vicente Paulo/ org. Juliana Maia, -8ª ed- Rio de Janeiro: Impetus, 2006. Pag. 103.

Brasil, foi no Código Criminal. Mas à origem desse remédio é inglesa, como bem coloca Alex Muniz em sua obra.¹¹

Em 1215, o Rei João Sem Terra, implantou na Constituição Inglesa, esse que sem dúvida visa defender à Liberdade.

Na atualidade o HC, está previsto da Constituição Federal de 88, no art. 5º, LXVIII e no Código de Processo Penal no art. 647 e ss.

Como citado anteriormente esse remédio constitucional visa defender o direito fundamental da Liberdade, o direito de ir e vim.

Existem duas modalidades de Habeas Corpus: o HC Preventivo e o HC Repressivo. O primeiro visa a consumação de uma ameaça de uma possível lesão. Enquanto que o segundo, já houve à lesão, tendo o remédio um caráter repressivo.

Este remédio está ligado diretamente com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

É único remédio que não precisa ser acompanhado com uma assinatura de um Advogado, ele dispensa às formalidades processuais.

3.2.2 Mandado de Segurança.

O Mandado de Segurança surge no ordenamento jurídico brasileiro no ano de 1934, com forte influência do habeas Corpus, na modalidade individual.

Bernardo Gonçalves conceitua o Mandado de Segurança como sendo uma “Ação Constitucional de Natureza Civil”.¹²

A Constituição de 1988, trouxe a modalidade coletiva do MS, sendo os legitimados para interpor na modalidade coletiva, os do LXX, e na modalidade individual os do LXIX, ambos do art. 5º estar tipificado também na Lei 12.016/09.

É uma ação de caráter residual, posto ser aplicado quando não couber outra ação para solucionar o caso concreto.

¹¹ Ob. Ci. Pag 260.

¹² GONÇALVES, Bernardo Fernandes. Curso de Direito Constitucional/ Bernardo Gonçalves Fernandes. Editora Jus PODVM, 7ª Ed. 2015.Pag. 475.

O Mandado de Segurança é um forte mecanismo na efetividade dos direitos fundamentais, visando defender direito líquido e certo.

O Mandado de Injunção segue o rito Sumário, portanto as provas terão que estar pré-constituídas.

3.2.3 Habeas data

O Habeas Data, é oriundo da Constituição Cidadão de 1988. Ele visa possibilitar informações pessoais, que foram negadas pela Administração Pública, ou pela iniciativa privada, mas que tenha caráter público, à exemplo de um Cartório.

O HD tem previsão legal, no art. 5º, XXXIII, da CRFB/88 e na Lei 9.507/97.

É uma ação gratuita, não sendo necessária o pagamento de custas processuais.

O Supremo Tribunal Federal entendeu que os Herdeiros dos De cujus tem legitimidade ativa para propor Habeas Data, com o intuito de ser mantida à honra deste.

O Habeas Data segue o rito Sumário, assim como o MS.

3.2.4 Mandado de injunção

O Mandado de Injunção nasceu com a Constituição de 88, mas esse remédio terá uma atenção maior no capítulo seguinte, onde será demonstrado suas modalidades, bem como a sua relevância no ordenamento jurídico brasileiro.

3.2.5 Ação popular

A Ação Popular é oriunda do direito romano, onde proposta pelo próprio povo. Visava defender praças públicas, mares, entre outros. Como bem cita Paulo Roberto de Figueiredo Dantas.¹³

No Brasil, essa ação surgiu com a Constituição de 1934. Vindo à não vigorar na Constituição de 1937, devido ao Regime Autoritarista, retornando no ordenamento jurídico pátrio com à Constituição de 1947.

¹³ DANTAS, Paulo Roberto de. Curso de Direito Constitucional/ Paulo Roberto de Dantas. Ed. Atlas. 2013. Pag.266.

Na atual Carta Magna, a Ação Popular está regulamentada no art. 5º, LXXIII, da CRFB/88 e na Lei 4.717/65.

Diferente dos demais remédios constitucionais, a Ação Popular, segue pelo rito ordinário.

Existem duas modalidades de Ação Popular, são elas: preventiva e a repressiva.

A Ação Popular Preventiva consiste em evitar a lesão. Enquanto que na Repressiva, a lesão já ocorreu.

O prazo decadencial para a propositura desta ação é de 05 (cinco) anos. Obs. O prazo citado acima começará a contar do conhecimento do ato ilegal.

Como citados vários foram os mecanismos para dar efetividade à Constituição, essas ações, chamadas pela Doutrina como Remédios constitucionais, tal expressão não é atoa, posto que para sanar o mal-estar, o Ser Humano enjere um remédio a busca da melhora, podemos fazer esse comparativo com a Nossa Lei Maior, a que serve como parâmetro das normas que estão abaixo dela.

Além dos remédios constitucionais, a Carta Mãe do ordenamento jurídico brasileiro, reforçou os meios de controle, surgindo o Controle Concentrado, para garantir a não violação do texto norteador.

Surgiram a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental; a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, como visto anteriormente; a Reclamação Constitucional, que apesar de não ser considerado um recurso para a doutrina, é um mecanismo para defender a Constituição, através do seu Guardião, o Supremo Tribunal Federal.

3.3 As Garantias Fundamentais X Constituição de 1937.

À Constituição de 1937, foi elaborada no período autoritário, com a Concentração das principais atribuições à um único Poder, qual seja, o Executivo.

Getúlio Vargas, com o golpe, teve em suas mãos o Poder de nomeação de autoridades para governar os Estados, bem como outros cargos de grande relevância.

As garantias fundamentais foram tolhidas nesse período onde, a democracia era vista como uma utopia.

Os Instrumentos para dar efetividade à Carta Magna anterior (1934): habeas Corpus e Mandado de Injunção foram suprimidos, com a Constituição de 1937.

O Estado Novo, nome que foi dado a essa época, não durou por muito tempo, posto à queda do então Presidente Getúlio Vargas, que permaneceu no poder até o ano de 1945. 7

Vargas não aguentou a pressão política e social, tirando à sua própria vida nesse ¹⁴mesmo período.

Com a derrubada desse regime autoritário, o brasileiro se vestiu de esperança, retornando à uma Constituição nas mãos dos brasileiros, retornando inclusive os direitos e garantias fundamentais, que como dito anteriormente foram suprimidos por um modelo de governo não representativo.

A partir de 1945, foi eleito os Constituintes para à elaboração da Constituição seguinte, qual seja, a de 1947, e com a promulgação, os direitos e garantias fundamentais voltaram no ordenamento jurídico brasileiro.

¹⁴Disponível no sitio <https://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/AEraVargas1/anos37-45/PoliticaAdministracao/Constituicao1937>. Visualizado no dia 27/10/2015, às 13:00.

4 MANDADO DE INJUNÇÃO

4.1 Histórico

O Mandado de Injunção no Ordenamento Jurídico brasileiro, surgiu com a Constituição de 1988, com a finalidade de dar efetividade a Carta Política no que concerne aos direitos fundamentais que estejam sem a devida regulamentação. Mas a sua origem não é brasileira.

Para a Doutrina a origem do Mandado de Injunção é advém do sistema jurídico Inglês, mas que o atual modelo de Mandado Injunção brasileiro é o do norte-americano.

4.2 Aplicabilidade da norma no ordenamento jurídico brasileiro

O Mandado de Injunção tem como ponto basilar, a regulamentação de um direito fundamental a míngua de regulamentação, e com eficácia Limitada, mas antes de adentrarmos no mérito, necessário se faz explanar sobre a eficácia das normas para uma melhor compreensão.

Apesar de ser um instrumento para dar efetividade as normas de eficácia limitada, sem a devida regulamentação, o próprio Mandado de Injunção não tem uma Lei, que o regulamente. Sendo aplicado a Lei do Mandado de Segurança como analogia para a sua aplicação.

4.2.1 Eficácia das normas

A norma surge para ter plenos efeitos, sejam eles imediatos, sejam eles mediatos, atingindo assim toda a sua eficácia.

Segundo o Doutrinador Carlos Augusto Alcântara Machado, na sua Obra: Mandado de Injunção: um instrumento de efetividade da Constituição,¹⁵ “A eficácia no sentido técnico jurídico significa a possibilidade de estar a norma apta para ser aplicada, por reunir todos os elementos e meios necessários a sua operatividade”.

Carlos Alcântara segue na sua obra com a parte histórica acerca da aplicabilidade das normas, destacando a origem acerca dos estudos de instituto que

¹⁵ MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. Mandado de Injunção: um instrumento de efetividade da Constituição – São Paulo: Atlas, 1999

advém do direito norte americano, com duas categorias: a Self- executing provisions e a Not self- executing provisions. Em uma simples tradução para à Língua Portuguesa, a primeira significa normas autoaplicáveis, enquanto que a segunda significa normas não autoaplicáveis.

Para a jurisprudência americana naquela época, as Not self-executing provisions era à regra, enquanto que a Self- executing provisions era uma exceção.

O renomado Jurista brasileiro Ruy Barbosa, foi um dos propulsores no nosso ordenamento, a escrever sobre a eficácia das normas, em sua obra intitulada: Comentários à Constituição da República Federativa Brasileira, classificando em Normas Executáveis em si mesmas. Para o Jurista às normas já possuíam efetividade desde o seu nascimento¹⁶

Segundo o Doutrinador Carlos Alcântara as normas podem ser divididas em dois grupos. O primeiro de normas Auto executáveis e as normas não Auto executáveis. Ele entende que o primeiro grupo tem eficácia plena enquanto que o segundo são compostas de normas programáticas.¹⁷

Normas Executáveis em si mesmas. Para o Jurista às normas já possuíam efetividade desde o seu nascimento.

O Doutrinador Pontes de Miranda, classifica as normas em Bastante em si e normas não Bastantes em si.

Segundo o Jurista, às normas de Bastante em si, seriam às primárias, enquanto que às normas não bastantes em si, seriam às normas secundárias.

Na atualidade o ordenamento jurídico adota como norteador a Eficácia Tricotômica do renomado doutrinador José Afonso da Silva, que por sua vez, divide em três pontos, são elas: Normas de Eficácia Plena (a); Normas de Contida (b) e Normas de Eficácia Limitada (c).¹⁸

A) Norma de Eficácia Plena.

Como o próprio nome diz, a norma classificada por José Afonso, como de eficácia plena é aquela que produz todos os seus efeitos logo da sua publicação, sendo inclusive integral e imediata.

¹⁶ Barbosa Rui. Comentários à Constituição Brasileira, coligidos e ordenados por Homero Pires, 6 vols., Saraiva, São Paulo, 1932 a 1934. No caso, vol. VI, p. 278 e s.

¹⁷ Ob. Cit. São Paulo, 1999.

¹⁸ SILVA, José Afonso. Aplicabilidade das Normas Constitucionais – 8ª edição. PC editora Ltda. 2015.

B) Norma de Eficácia Contida.

Segundo José Afonso às normas de eficácia produzem todos os seus efeitos de forma imediata, ao contrário da limitava. Entretanto, possui algumas restrições, posto ela perder sua eficácia com uma outra norma.

Um exemplo de uma norma de Eficácia Contida é a do Parágrafo primeiro do art. 12, da Constituição Federal, que diz:

“Aos portugueses com residência permanente no País, se houver reciprocidade em favor de brasileiros, serão atribuídos os direitos inerentes ao brasileiro, salvo os casos previstos nesta Constituição”.

O artigo mencionado produz eficácia imediata e integral, porém com uma restrição, posto, poder ter seus efeitos limitados por uma outra norma.

C) Norma de Eficácia Limitada.

A norma de eficácia limitada para José Afonso da Silva, não tem aplicabilidade imediata, é indireta e precisa de uma norma posterior para que possa produzir todos os seus efeitos.

Citamos alguns exemplos retirados da Constituição Federal de normas limitadas: Às normas com eficácia limitada, por vezes não são regulamentadas, e o instrumento mais adequado para a sua efetividade é o Mandado de Injunção.

Como dito anteriormente o Mandado de Injunção é um remédio constitucional, com o fim de dá efetividade aos direitos fundamentais elencados na Constituição que não estão regulamentadas pela Inércia do Poder que deveria regulamenta-lo.

4.3 Modalidades de mandado de injunção.

O Mandado de Injunção, como dito anteriormente utiliza como analogia a lei que regulamenta o Mandado de Segurança, como diz o Art. 24, da Lei 8.038 de 1990, e sendo assim ele pode ser impetrado de forma Individual e pode ser impetrado de forma Coletiva.

4.3.1 Individual

A forma individual está prevista no LXXI, do art. 5º da CRFB/88. Diz o dispositivo Constitucional,

“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”.

Como mencionado pelo Inciso citado acima, o Mandado de Injunção na forma individual, está atrelado ao exercício regular do direito e liberdades previstas na Carta Magna, bem como os direitos ligados à nacionalidade, à cidadania e a soberania.

A forma individual tem como legitimado ativo, qualquer pessoa que esteja sendo prejudicado por não haver seu direito regulamentado pela inércia do Poder competente para tal.

4.3.2 Coletivo.

Em regra, à Constituição Federal não trás no LXXI, do art. 5º, a possibilidade da impetração do Mandado de Injunção Coletivo. Entretanto, o Parágrafo Único, do art. 24 da Lei 8.038 de 1990, diz: “Parágrafo único: No mandado de segurança e no habeas data, serão observadas, no que couber, as normas do mandado de segurança, enquanto não editada legislação específica”.

A Lei 12.016 de 2009, é a que regulamenta o Mandado de Segurança, prever a possibilidade do MS na modalidade coletiva, nos arts. 21 e 22, diz o rol dos legitimados para a propositura desse remédio.

Esta previsão vem também da Lei Maior no seu LXX, do art. 5º.

A Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal de forma unânime admite a utilização por analogia do Mandado de Segurança Coletivo para o Mandado de Injunção.

4.4 Legitimidade ativa para propor o mandado de injunção coletivo

Os legitimados para impetrar o MI coletivo por uso de analogia são os mesmos estabelecidos pelo LXX, do art. 5º, da CRFB/88 e o do art. 21, da Lei 12.016/2009, quais sejam: Partido Político com representação no Congresso; Organização

Sindical; Entidade de Classe e Associação, sendo que esse deverá está funcionando há pelo menos um ano.

4.5 Teorias acerca do mandado de injunção

O Mandado de Injunção, possui duas teorias, são elas: a Teoria Concretista, essa por só dividi se em Individual e Geral e a Teoria Não Concretista.

Passamos a expor tais teorias e seus efeitos para o nosso ordenamento.

4.5.1 Teoria Concretista

Segundo a Teoria Concretista, caso haja presente todos os requisitos para a impetração do mandado de Injunção, o Poder Judiciário daria efetividade ao direito do impetrante até que a lacuna fosse sanada pelo ente responsável pela elaboração da norma.

Bernardes diz que:” Irá viabilizar (implementar) até que sobrevenha uma norma regulamentadora”.¹⁹

Para os Concretistas, o princípio que deve ser levado em conta é o da Efetividade da Constituição, devendo o Poder Judiciário aplicar às normas analisando sempre à Constituição como parâmetro.

Como citado anteriormente, essa teoria se subdividissem em duas modalidades: a individual e a coletiva.

Para a individual, o direito reconhecido só terá efeito inter parte. Já para a Geral, o efeito seria para erga omnes.

4.5.2 Teoria não concretista

Segundo essa Teoria o Poder Judiciário se limitaria a reconhecer o direito, mas não poderá dar efetividade com qualquer mecanismo.

Bernardes em sua obra, lembra que tal teoria era seguida pela maioria dos Ministros do Supremo até 2007.²⁰

¹⁹ Ob. Cit. Pag. 531.

Havia uma frustração pela parte autora, pois o seu direito era reconhecido, mas esse não tinha mais nenhum mecanismo para que se tornasse eficaz, devido a falta e lei regulamentadora.

Para a Teoria o princípio que servia como fundamento era o do Princípio da Separação dos Poderes, onde todos os Poderes são independentes e harmônicos entre si, estabelecido inclusive no art. 2º, da Lei Maior.

Segundo o princípio acima citado, o Poder Judiciário só podia fazer à análise de cada caso com base na Legislação vigente, não podendo aplicar um direito que estivesse dependente de norma para produzir os seus todos os seus efeitos, se fizesse o contrário estaria ferindo o Princípio da Separação dos Poderes.

O Supremo Tribunal adotava até o ano de 2007 essa Teoria conservadora.

4.6 Distinção entre o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Apesar das duas ações de fenderem a efetividade do texto constitucional, essas não possuem às mesmas características e nem o mesmo rito.

Para uma maior compreensão acerca do tema, passaremos a apresentar às principais diferenças entre o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão:

4.6.1 Alcance

O Mandado de Injunção nasceu no ordenamento jurídico brasileiro com a Constituição Federal de 1988 para dá efetividade aos direitos e garantias fundamentais, elencados do texto constitucional.

Os seus efeitos em regra são Inter partes, ou seja, estão restritos as partes. Já a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão tem uma amplitude maior ela não visa dá efetividade apenas a direitos e garantias fundamentais, e sim toda e qualquer norma que não esteja regulamentada, devido à inércia do Poder responsável por regulamentar a norma.

Os seus efeitos são Erga Omnes os efeitos são para todos.

4.6.2 Controle

O Mandado de Injunção é analisado através do Controle Difuso, sendo portanto analisado por qualquer juiz ou tribunal.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão é proposta unicamente pelo Controle Concentrado perante o Supremo Tribunal Federal.

4.6.3 Legitimidade ativa.

Interpretando o art. 5º, LXXI, da CRFB/88, qualquer pessoa pode impetrar o MI, quando à falta de Lei que regulamente um dos direitos fundamentais, torne inviável o exercício do direito. Esse na modalidade individual.

Na Modalidade Coletiva, os legitimados estão elencados, no art. 5º, LXX, da CRFB/88 e no art. 21, da Lei 12.016/2009. Como dito anteriormente, essa possibilidade coletiva se dá pelo uso de analogia ao Mandado de Segurança, como preleciona o art. 24, da Lei 8038/90. São eles: Partido político com representação no Congresso Nacional; Organização sindical.; Entidade ou associação que esteja em funcionamento a pelo menos um ano.

Já na ADI por Omissão os Legitimados estão elencados no art. 103, I a IX, da CRFB/88.

O Supremo Tribunal Federal dividiu os legitimados do artigo acima citado em dois grupos: Os Legitimados Universais e os Legitimados Especiais.

Os Legitimados são aqueles que não precisam demonstrar pertinência temática para propor tal ação.

São considerados legitimados universais: o Presidente da República; a mesa do Senado Federal; a mesa da câmara dos Deputados; o Procurador Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados e Partido Político com Representação no Congresso Nacional.

São considerados legitimados especiais: a Mesa de Assembleia Legislativa; o Governador de Estado ou do Distrito Federal e a Confederação Sindical ou Entidade de classe de âmbito Nacional.

4.6.4 Competência

O legitimado passivo será a autoridade responsável pela elaboração da norma, neste caso serão observadas as seguintes regras:

Se o responsável pela edição da norma ou ato for: o Presidente da República; o Congresso nacional; o Senado Federal; a Câmara dos Deputados; Os Tribunais Superiores; Tribunal de Conta da União e o STF. A competência para analisar o MI, será o Supremo Tribunal Federal, conforme estabelece o art. 102, 'q', da CRFB/88.

A Competência será do Superior Tribunal de Justiça se o responsável pela elaboração da norma for um dos elencados do art. 105, I, 'h', da CRFB/88.

A competência será da Justiça Federal, se for um dos responsáveis do art. 109, I, da CRFB/88.

A competência será residual para os elencados no art. 125, parágrafo primeiro, da CRFB/88.

Como visto, apesar de ambas às ações terem um único fim, qual seja, a de tornar à Constituição real, e não apenas formal, possuem características bastantes distintas.

5 ATIVISMO JUDICIAL.

5.1 Conceito

Antes de entrarmos no mérito, a título de sequência, veremos o significado da palavra ativismo.

Apesar de não haver um conceito unânime na doutrina acerca do significado, da palavra Ativismo Judicial, podemos conceituá-la como uma conduta enérgica do Poder Judiciário na regulamentação das normas.

5.2 Histórico

Barroso, no artigo Científico denominado Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática, destaca que o Ativismo Judicial tem origem na jurisdição norte-americana. O Poder Judiciário Americano é lembrado por ter sido o propulsor do Ativismo, através do caso Marbury X Madison.²¹ No Brasil, esse fenômeno, advém com o fortalecimento do Poder Judiciário, depois da Constituição Federal de 1988.

O Supremo Tribunal Federal até o ano de 2007 adotava uma posição conservadora, limitava-se apenas a reconhecer o direito do autor.

Ao Autor podia usar a expressão popular: “ganhou, mas não levou”. Isso porque a ele era reconhecido o direito, mas que por falta de uma norma regulamentadora o seu direito ficava a mingua.

Segundo o doutrinador Carlos Augusto Alcântara ¹¹, a Suprema Corte, adotava a Teoria Não Concretista. Como visto anteriormente, segundo essa teoria, devido ao Princípio da Separação dos Poderes, o Poder Judiciário não podia intervir no Poder Executivo e no Legislativo, se assim o fizesse estaria indo de encontro à Carta Magna.

Com uma posição conservadora do guardião da Constituição, os direitos fundamentais não tinham efetividade na sua totalidade.

¹¹ Ob.cit.

²¹ fonte retirada do sítio <http://www.e-blicacoes.uerj.br/ojs/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>, do Artigo do Ministro Roberto barroso intitulado: Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.

5.3 Posição do Supremo Tribunal Federal a partir de 2007 e a influência do mandado de injunção.

Como citado no Segundo Capítulo desta obra, que versa sobre as Garantias Fundamentais, a Constituição da República Federativa, trouxe como instrumento de efetividade dos direitos fundamentais o Mandado de Injunção elencados no seu texto.

Até o ano de 2007 ao adotar a posição Não Concretista, o Mandado de Injunção tinha pouca eficácia, pode-se dizer que ele existia somente no plano do direito, mas com pouca força no plano prático.

A partir de 2007 o STF, nos julgamentos dos Mandados de Injunção: 670; 708 e 712, ambos de Servidores Públicos, dos Estados do Espírito Santo; da Paraíba e do Pará, que pleiteavam o direito à greve que é assegurado pela Constituição no seu art. 9º, um direito social, mas que pela falta de regulamentação legal não tinha a devida eficácia. O Supremo aplicou por analogia a Lei que regulamenta à Greve do trabalhador da iniciativa privada.

Segundo Alcântara após os julgamentos dos Mandados de Injunção, o guardião da constituição, começou a adotar a teoria Concretista.

Com análise, passamos a verificar o Julgamento que garantiu aos Servidores Públicos o direito à greve, em especial ao MI nº 712 dos Servidores Públicos do Estado do Pará, através do Voto do relator, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello.²²

(...) A greve foi erigida, pela Constituição Federal promulgada em 1988, como direito reconhecido aos servidores públicos civis. O sistema de direito constitucional positivo conferiu, desse modo, legitimidade jurídica à greve no seio da Administração Pública, dela apenas excluindo, por razões de evidente interesse público, os militares das Forças Armadas e os integrantes das Polícias Militares e dos Corpos de Bombeiros Militares, aos quais se proibiu, terminantemente, o exercício desse direito de ação coletiva (CF, art. 42, § 5º). Presentemente, é assegurado o direito de greve - ainda que em condições diferenciadas - aos trabalhadores em geral (CF, art. 9º) e aos servidores públicos civis (CF, art. 37, VII). Cumpre

²² Fonte retirada do sítio do Supremo Tribunal Federal- sobre a análise do Agravo de Instrumento de nº 670; 708 e 712, que julgou o pedido de equiparação da Lei de greve dos trabalhadores da iniciativa privada para os servidores públicos dos referidos Estados, devido à inércia do Poder responsável pela elaboração de tal lei.. <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/MI670cm.pdf>.

destacar, no contexto em que se desenvolvem as relações coletivas de trabalho no Brasil, que o preceito constitucional que garantiu o direito de greve no setor privado da economia já se acha regulamentado pela Lei nº 7.783/89. MI 712 / PA 2 O legislador constituinte brasileiro, seguindo moderna tendência registrada no plano do direito comparado, buscou positivar mecanismos destinados a solucionar os conflitos coletivos instaurados entre os agentes estatais e a Administração Pública, reconhecendo aos servidores civis - além da possibilidade da sindicalização (CF, art. 37, VI) - a titularidade do direito de greve (CF, art. 37, VII). Neste ponto, a Constituição do Brasil incorporou a recomendação constante da Convenção nº 151 da OIT (art. 8º), que dispõe sobre a institucionalização de meios voltados à composição dos conflitos de natureza coletiva surgidos entre o Poder Público e os seus servidores.

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

A decisão do Ministro, além de procurar solucionar a questão, faz críticas à mora do Poder Legislativo.

Celso de Mello seguiu no voto, ainda falando da importância do Instrumento, leia-se do Mandado de Injunção como mecanismo para dá a devida aplicabilidade à Lei Maior.

A decisão da Suprema Corte deu efetividade a um direito social estabelecido na Constituição da República de 88, que teve evidência principalmente da segunda dimensão.

Ao passar dos anos a Suprema Corte tratou de outros temas considerados não unânimes, citaremos a Decisão acerca das Células Troncos, que está ligado ao um direito fundamental, qual seja, o direito à vida. O que foi levado ao debate foi o pedido feito pelo até então Procurador da República Cláudio Fonteles que propôs uma Ação Direta de Inconstitucionalidade.

As decisões do Supremo Tribunal Federal vêm tornando um contexto político, posto à regulamentação de certos direitos, considerados fundamentais para a promoção da sociedade.

Ao passar dos anos, o Tribunal reconheceu à União Homo Afetiva como forma de relacionamento conjugal. O Ministro Carlos Ayres Britto, ao se manifestar acerca

da importância da afetividade entre os Seres Humanos, independentemente da orientação sexual, citou como base norteadora a afetividade entre às relações.

Passamos a analisar a decisão do Ministro Carlos Ayres Britto.²³

(...) Ora bem, **é desse anímico e cultural conceito de família que se orna a cabeça do art. 226 da Constituição**. Donde a sua literal categorização com “base da sociedade”. E assim norma da com figura central ou verdadeiro **continente** para tudo o mais, ela, família, é que deve servir de norte para a interpretação dos dispositivos em que o capítulo VII se desdobra, conforme transcrição acima feita. Não inverso. Artigos que têm por objeto os institutos do casamento civil, da união estável, do planejamento familiar, da adoção, etc., todos eles somente apreendidos na inteireza da respectiva compostura e funcionalidade na medida em que imersos no **continente** (reitere-se o uso da metáfora) em que a instituição da família consiste. 32. E se insistimos na metáfora do “continente” porque o núcleo doméstico em que a família se constitui ainda cumpre explícitas funções jurídicas do mais alto relevo individual e coletivo, amplamente justificadoras da especial proteção estatal que lhe assegura o citado art. 226. Refirmo-me a preceitos que de logo tenho como fundamentais pela sua mais entranhada serventia para a concreção dos princípios da cidadania, da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho, que são, respectivamente, os incisos II, III e IV do 36 e do art. 1º da CF. Logo, preceitos fundamentais por reverberação, arrastamento ou reforçada complementaridade, a saber: I – “Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da **família**, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”, II – “Art. 227. É dever da **família**, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”; III – “Art. 230. A **família**, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”.

O Ministro da Suprema Corte utilizou como o fundamento de maior relevância.

Apesar do Código de não haver previsão no Código Civil, o direito reconhecido da relação entre pessoa do mesmo sexo.

²³ Sítio do Supremo Tribunal Federal. p.

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277revisado.pdf>

A conduta do Supremo Tribunal Federal, teve dois pensamentos por parte da Doutrina. Uma à que o Tribunal estaria dando efetividade ao texto constitucional, principalmente do instrumento do Mandado de Injunção.

Em outro viés, a corrente que entendeu que o Tribunal estaria agindo com uma conduta ativista, posto estar fazendo um papel que não é da alçada, qual seja, a de legislar. Iremos analisar cada corrente de forma mais aprofundada.

5.4 Ativismo Judicial: Segurança ou Insegurança jurídica?.

A Atuação do Poder Judiciário que vem tendo destaque no cenário político brasileiro, principalmente após 2007, com às decisões acerca do Mandados de Injunção impetrados por servidores públicos dos três Estados citados anteriormente.

A conduta ativista do Poder Judiciário, em especial o STF, vem causando calorosas discussões na doutrina sobre os seus efeitos.

De um lado o individuo que necessita da regulamentação dos seus direitos, do outro o Poder que é responsável pela elaboração da norma, mas que permanece inerte.

O Doutrinador Roberto Barroso, em seu artigo denominado: Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática, destaca,²⁴

(...) Os membros do Poder Judiciário – juízes, desembargadores e ministros – não são agentes públicos eleitos. Embora não tenham o batismo da vontade popular, magistrados e tribunais desempenham, inegavelmente, um poder político inclusive o de invalidar atos dos outros dois Poderes. A possibilidade de um órgão não eletivo como o Supremo Tribunal Federal sobrepor-se a uma decisão do Presidente da República – sufragado por mais de 40 milhões de votos – ou do Congresso – cujos 513 membros foram escolhidos pela vontade popular – é identificada na teoria constitucional como dificuldade contramajoritária. Onde estaria, então, sua legitimidade para invalidar decisões daqueles que exercem mandato popular, que foram escolhidos pelo povo? Há duas justificativas: uma de natureza normativa e outra filosófica.

Como bem coloca Barroso, ao Poder Judiciário foi conferido a tarefa de aplicar a lei no caso concreto, e que os representantes do povo, qual seja, o Poder Legislativo de criar tais normas que adequem a realidade da sociedade.

²⁴ Disponível em: Sítio da Universidade Estadual do Rio de Janeiro.
<http://www.epublicacoes.uerj.br/ojs/index.php/synthesis/search/advancedResults>.

Ao dizer que haverá uma justificativa normativa e a outra de natureza filosófica, entende-se que o Doutrinador quis falar do subjetivismo da segunda, posto referir-se da questão filosófica do julgador.

Na natureza normativa, irá trazer consigo todos os seus parâmetros pretendidos. Enquanto que uma decisão filosófica os parâmetros não são identificados de plano ou por vezes não são identificados, haja visto, o critério pessoal.

5.4.1 Técnica da ponderação

Ao fazer uma análise de um direito fundamental que esteja previsto pela Constituição, mas que pela Inércia do Poder Legislativo ou Executivo, não estiver regulamentado em Lei específica, o Judiciário tem que se valer da Técnica da Ponderação, essa que por vez é subdividida em dois princípios: o da Proporcionalidade e o da Razoabilidade. Esses dois princípios citados, devem seguir de parâmetro para solucionar qualquer conflito que não esteja devidamente regulamentado. Passamos a ver cada um deles.

5.4.1.1 Princípio da proporcionalidade.

O Princípio da Proporcionalidade refere à aplicação da norma na dosagem adequada, sem extrapolar e nem a quem no devido. Um exemplo simples a ser citado é o de uma balança estável, com os mesmo peso em ambos os lados.

Assim, o julgador na hora de aplicar o caso deverá observar vários critérios para aplicar a decisão mais coerente.

5.4.1.2 Princípio da razoabilidade.

Esse princípio diz respeito a qual medida a ser aplicada, com observância nas normas que mais se adequam ao caso concreto. Para que

A Técnica da Ponderação, com análise dos dois critério, é à analise mais adequada para adequada para a aplicação no caso concreto.

5.4.2 Teoria Dos Freios e Contrapesos.

Montesquieu , um pensador iluminista, foi o responsável pela elaboração dessa teoria.

Segundo ele, os Poderes apesar de serem independentes não podem ter um poder absoluto, devendo haver um controle através dos demais Poderes, seria um equilíbrio entre eles.

A Constituição Federal de 1988, garantiu esse controle de um Poder sobre o outro, ao mesmo tempo destacou que os Poderes são harmônicos e Independentes entre si, do seu artigo segundo.

Como exemplo de controle de um Poder em relação ao outro na CRFB/88, podemos destacar:

O art. 52, III, diz que à indicação para o cargo de Ministro da Suprema Corte brasileira, será feita pelo Presidente da República.

Um segundo exemplo é o Supremo Tribunal Federal irá julgar o Presidente nos crimes comuns.

O terceiro exemplo, de freio e contrapesos entre os poderes na Constituição Cidadã, é a possibilidade do Senado julgar os Ministros da Suprema Corte nos crimes de responsabilidade, bem como o Presidente da República. E o Supremo Tribunal Federal julgar os membros do Poder Legislativo nos crimes comuns.

Como demonstrado, a Teoria de Montesquieu estar presente na Lei Maior, através dos mecanismos de controle citados acima, sem ir de encontro ao que reza o art. 2º.

5.5 Judicialização X Ativismo Judicial.

Embora os dois institutos tenham como Protagonista o Poder Judiciário, não se confundem, devida a uma série de distinções.

A Palestrante Flávia Bahia, durante uma Palestra realizada na capital de Sergipe disse que “a Judicialização foi prevista pelo constituinte originário, enquanto que o Ativismo Judicial não”.²⁵

Barroso, dá de forma precisa o significado de Judicialização,²⁶

²⁵ BAHIA, Flávia, Fonte retirada de uma Palestra realizada no dia no Teatro Tobias Barreto, Aracaju, Sergipe

²⁶ Disponível em: do sítio da Universidade Estadual do Rio de Janeiro.

<sítio<http://www.epublicacoes.uerj.br/ojs/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>>. Acesso em:

“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 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 sociedade². O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro”.

Não se pode afirmar que o Ativismo Judicial adota critérios objetivos já que é um ato subjetivo do julgador. Diferentemente da Judicialização que adota critérios para aplicar a norma de acordo com o caso concreto.

Apesar de possuírem características distintas, as duas formas de atuação do Poder Judiciário, possuem um fim comum, qual seja, à de dar aplicabilidade dos direitos fundamentais.

Uma Constituição como dito anteriormente, não pode ser apenas formal, ela deve ser real para que não só os Poderes sigam de parâmetro, mas também a sociedade tenha segurança na mesma.

6 CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988, veio com a redemocratização o país, posto a sociedade ter sofrido com o período nebuloso da Ditadura Militar, onde os direitos e garantias fundamentais foram suprimidos.

O Constituinte Originário no afã da redemocratização, deu ênfase aos direitos e garantias fundamentais, colocando a maioria desses no segundo título e os demais espalhados no decorrer no seu texto.

A doutrina e jurisprudência classificam os incisos do artigo 5º, como Cláusula Pétreia, não podendo tais direitos serem alterados, exceto se for para acrescentá-los.

Os Poderes, quais sejam: o Poder Executivo; Legislativo e o Poder Judiciário, são o tripé para a manutenção do Estado Democrático de Direito, e cada um desempenhando o seu papel, conforme os dizeres da Lei Maior.

O Poder Executivo responsável pela Administração Pública, também desempenha função atípica, que é a de legislar através de Medida Provisória e da Lei Delegada.

O Poder Legislativo criar normas e fiscalizar o Poder Executivo, tem a prerrogativa similar do Poder Judiciário, através da Comissão Parlamentar de Inquérito.

O Poder Judiciário, que tem a função de aplicar a norma de acordo com o caso concreto, também possui uma função atípica, que é a de Administrar às finanças do próprio Poder.

Embora a Magna Carta ter definido a função de cada poder, o que se esperava com a sua promulgação era a efetividade plena, através de mecanismos, a exemplo das garantias fundamentais citadas neste trabalho. E de fato foram criados, mas pela inércia do Poder Legislativo e Executivo, em dar efetividade aos direitos fundamentais, que por vezes precisam apenas de uma norma regulamentadora, às questões são levadas ao Judiciário.

O Poder Judiciário que vem tendo cada dia mais destaque na sociedade, em especial o Supremo Tribunal Federal, vem tratado de questões polêmicas que a exemplo da relação homo afetiva, que após o reconhecimento da Suprema Corte, como forma de constituição de família, vem surtindo efeito em outras searas do direito, posto a amplitude dos efeitos, que não são perceptíveis no campo da

comunhão de bens, mas também desagua no campo das sucessões, no campo previdenciário, etc, e não há qualquer regulamentação pelo Poder Legislativo.

Outro tema que foi tratado nesta obra, foi o direito de greve. Ora a Constituição Cidadã diz que é direito do trabalhador o direito à greve, e que cabe ao Poder Legislativo regular à Lei de Greve. Como citado foi criada uma lei que regulamenta esse direito social, mas não com efeito para todas as categorias, e sim apenas para o trabalhadores da iniciativa privada.

O art.37, VII, da CRFB/88, diz que é direito ao servidor público o direito à Greve, e apesar da Lei maior conferir ao Servidor Público esse direito, não existe até os dias atuais tal norma nesse sentido, apesar de não haver distinção entre os trabalhadores entre a iniciativa privada e o da iniciativa pública no que se refere aos direitos fundamentais. Sei a Lei maior versa sobre o Princípio da Igualdade, elencado no seu art. 5º, 'caput', porque passados 27 anos, o Poder responsável pela tal elaboração assim não o fez devido inércia deste.

A Constituição brasileira é conhecida pelo seu belíssimo conteúdo, por trazer direitos e deveres considerados de primeiro mundo, mas que pela falta de vontade dos Legitimados para a sua efetivação através de normas e políticas públicas assim não os fazem.

Não é a sociedade que tem que acompanhar à lei, e sim a lei é que tem que se adequar a realidade da sociedade, correndo o risco da primeira se tornar obsoleta para a segunda.

O Poder Judiciário veio ganhando destaque principalmente da primeira década até os dias atuais, devido a pouca expressividade dos demais poderes na concretização dos direito e garantias individuais e coletivos.

O cidadão que tem o condão de escolher o representante, desacreditado com este, busca cada vez mais o Poder Judiciário, com a esperança de ver o seu direito básico garantido na Carta norteadora se aplicado.

O Ativismo Judicial, apesar da sua subjetividade quanto aos métodos utilizados para a sua aplicação, busca tornar à cidadania formal para uma cidadania real.

Se a Carta Política coloca o Poder Judiciário como um dos três poderes elementares para à promoção de um Estado Democrático de Direito, essa mesma Carta, garantiu instrumentos para tanto, não agindo o Judiciário de forma inadequada, quando esse buscando dá efetividade à Lei maior utiliza desses instrumentos, com destaque ao citado em um capítulo exclusivo, qual seja o

Mandado de Injunção, que como visto, surgiu com o objetivo de dá aplicabilidade aos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **Mandado de injunção**: um instrumento de efetividade da Constituição- São Paulo: Atlas, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4ª ed. rev. atual Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

HONESKO, Vitor Hugo Nicastro. **A Norma Jurídica e os Direitos Fundamentais**: um discurso sobre a crise do positivismo jurídico. São Paulo: RCS Editora, 2006.

MAIA, Juliana. **Aulas de Direito Constitucional de Vicente Paulo**. Org. Juliana Maia, 8ª ed, Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**, 8ª ed. PC editora Ltda. 2015.

BARRETO, Alex Muniz. **Direito Constitucional Positivo**. 2ª ed, CL EDIJUR- Leme/ SP – Edição 2015.

FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional/ Zulmar Fachin**. 7ª ed. rev. E atual. Rio de Janeiro, Forense. 2015.

BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. Editora Saraiva. Ano 2009.

GONÇALVES, Bernardo Fernandes. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. Editora Jus PODIVM. 2015.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed. Editora Atlas. 2013.

Outras Fontes:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 16/10/2015.

<<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/MI670cm.pdf>>. Acesso em: 22/10/2015.

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277revisado.pdf>>, Acesso em: 23/10/2015.

<<http://www.epublicacoes.uerj.br/ojs/index.php/synthesis/search/advancedResults>>. Acesso em: 23/10/2015.

<<https://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/AEraVargas1/anos3745/PoliticaAdministracao/Constituicao1937>>. Acesso em: 27/10/2015.

<[http://www.beknowledge.com/wpcontent/uploads/2010/12/c4ca4Organizacao_Esta do Brasileiro DPP 2010.pdf](http://www.beknowledge.com/wpcontent/uploads/2010/12/c4ca4Organizacao_Esta_do_Brasileiro_DPP_2010.pdf)>. Acesso 28/10/2015.

<Palestra da Doutrinadora BAHIA, Flávia. Palestra realizada no dia 14 de Outubro, Local: Teatro Tobias Barreto, Município: Aracaju, Estado Sergipe, promovido pela Faculdade Estácio>.