

17320
165.744, 321.15; 321.7

7686
7-25228

FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE

BRISTOWN DOS SANTOS LIMA



**ATIVISMO JUDICIAL: UM MEIO PARA CONCRETIZAÇÃO
DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

**ARACAJU
2013**

BRISTOWN DOS SANTOS LIMA

**ATIVISMO JUDICIAL: UM MEIO PARA CONCRETIZAÇÃO
DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Monografia apresentada como requisito parcial
para a obtenção do grau de Bacharel em Direito
pela Faculdade de Administração e Negócios de
Sergipe

Orientador: Prof. Esp. Augusto César Leite de
Resende

ARACAJU

2013

FANESE

BIBLIOTECA Dra. CELUTA MARIA MONTEIRO

Nº RG. 25.228 DATA 30/09/13

ORIGEM Direito

FICHA CATALOGRÁFICA

LIMA, Bristown dos Santos

Ativismo judicial: um meio para concretização dos direitos fundamentais/
Bristown dos Santos Lima. Aracaju, 2013. 55f.

Monografia (Graduação) – Faculdade de Administração e Negócios de
Sergipe. Departamento de Direito, 2013.

Orientador: Prof. Esp. Augusto César Leite de Resende

1. Ativismo Judicial 2. Judicialização da Política 3. Neoconstitucionalismo
4. Direitos Fundamentais 5. Princípio da Separação dos Poderes I. TÍTULO


CDU 165.744, 321.15;321-7(813.7)

BRISTOWN DOS SANTOS LIMA
ATIVISMO JUDICIAL: UM MEIO PARA CONCRETIZAÇÃO
DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

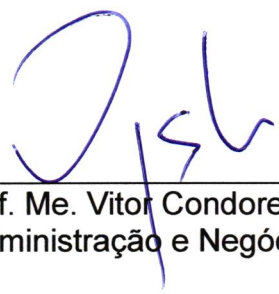
Monografia apresentada como exigência parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito à comissão julgadora da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe-FANESE.

Aprovada em 19/06/13

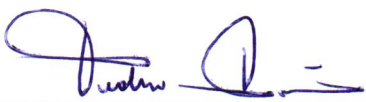
BANCA EXAMINADORA



Prof. Esp. Augusto César Leite de Resende
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe



Prof. Me. Vitor Condorelli
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe



Prof. Dr. Pedro Durão
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe

AGRADECIMENTOS

Ao Senhor Jesus Cristo, fonte de fé e inspiração para enfrentar os grandes desafios da vida.

Aos meus pais, José Lima e Almira, que confiam no meu potencial e que me conduziram a uma formação pautada pela humildade, respeito, princípios morais e honestidade. Esta etapa que se conclui seria impossível sem a motivação de vocês.

À minha grande tia, Beatriz, pela atenção, carinho e que nunca mede esforços para nos atender.

Aos meus irmãos, Cabral, Irla e Islânia, pelo incentivo, companheirismo e pela confiança de que posso contar com vocês, sempre.

Ao orientador, Augusto Cesar, professor que possui uma grande capacidade intelectual, um pesquisador incansável. Um modelo de como um professor contemporâneo deve ser. Suas aulas foram de grande valia para minha formação.

Aos professores Vitor Condorelli, José Carlos, Hortência Gonçalves, Vladimir, Gilberto Moura, Evânio Moura, Arnaldo Aguiar, Kleidson Nascimento, Marcela Phiton, Manoel Cruz, Matheus Brito Meira, Matheus Dantas Meira, Olavo Pinto, Alexandre Manuel, André Paixão, Saulo, Marcelo de Macedo, Pedro Durão, Luiz Eduardo Oliva e Sandro Costa. A minha eterna gratidão pelos ensinamentos transmitidos.

Aos grandes amigos, Daiane, Kátia, Ninho, Wanderley, Odlanir, Adailton e Rildo, parceiros inseparáveis e inesquecíveis.

Aos colegas da faculdade, Jayme Aragão, Abner, Radamés, Dione, João Carlos, Bárbara, Karla Vanessa, Carlos Alberto, Genivaldo, Lúzio, Karen, Ana Luisa e Adriano, pelo convívio divertido e harmonioso, em que o companheirismo foi soberano a qualquer diferença nesta jornada.

*Aos meus pais, José Lima e Almira
pela educação e carinho que me deram.*

Nesta hora de encerramento de uma etapa muito especial, torna-se difícil lembrar de todos os amigos e colegas que participaram comigo dessa jornada, mas de uma maneira muito sincera, agradeço a todos que de uma forma ou de outra colaboraram para a realização dessa monografia.

RESUMO

Esta pesquisa analisa o ativismo judicial no tocante à concretização dos direitos fundamentais, pois atualmente, em virtude da inércia dos poderes Executivo e Legislativo, o Judiciário vem adotando cada vez mais uma postura ativista. Enfatiza-se a relação entre o Estado democrático de direito com o neoconstitucionalismo, bem como o papel exercido pelo Judiciário no pós-Constituição de 1988. Serão analisados as características e as dimensões dos direitos fundamentais, o conceito de ativismo judicial e judicialização da política, com destaque à ascensão do Judiciário que passa a decidir sobre casos de grande repercussão na vida política e social do país. Por fim, são apresentados alguns julgados da recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que demonstram o ativismo judicial como um instituto capaz de concretizar os direitos fundamentais consagrados na Constituição.

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo Judicial. Judicialização da Política. Neoconstitucionalismo. Direitos Fundamentais. Princípio da Separação dos Poderes

ABSTRACT

This research analyzes the judicial activism regarding the implementation of fundamental rights, because nowadays, due to the inertia of the executive and legislative branches, the judiciary has taken an increasingly activist stance. Emphasizes the relationship between democratic state with neoconstitutionalism as well as the role played by the judiciary in the post-1988 Constitution. We will analyze the characteristics and dimensions of fundamental rights, the concept of judicial activism and legalization of politics, especially the rise of the Judiciary which shall decide on high-profile cases in political and social life of the country. Finally, we present some judged the recent jurisprudence of the Supreme Court that demonstrate judicial activism as an institution able to realize the rights enshrined in the Constitution.

KEYWORDS: Judicial Activism. Legalization of Politics. Neoconstitutionalism. Fundamental Rights. Principle of Separation of Powers

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. CONSTITUIÇÃO, DEMOCRACIA E SUPREMACIA JUDICIAL	12
2.1 Princípio da Separação dos Poderes	12
2.2 Democracia e Neoconstitucionalismo	15
2.3 Princípios de Interpretação Constitucional	18
2.3.1 Princípio da supremacia da constituição	18
2.3.2 Presunção de constitucionalidade	19
2.3.3 Princípio de interpretação conforme a constituição	19
2.3.4 Princípio da razoabilidade	20
2.3.5 Princípio da proporcionalidade	20
2.3.6 Princípio da efetividade	21
2.4 A Função Judicial no Estado Constitucional e Democrático de Direito	22
3. DIREITOS FUNDAMENTAIS	25
3.1 Conceito	25
3.2 Características Dos Direitos Fundamentais	27
3.2.1 Universalidade	27
3.2.2 Imprescritibilidade	28
3.2.3 Inviolabilidade	29
3.2.4 Indisponibilidade	29
3.2.5 Inalienabilidade	29
3.2.6 Efetividade	29
3.3 As Dimensões dos Direitos Fundamentais	30
3.3.1 Direitos fundamentais de primeira dimensão	30
3.3.2 Direitos fundamentais de segunda dimensão	31
3.3.3 Direitos fundamentais de terceira dimensão	32
3.4 O Papel do Poder Judiciário na Efetivação dos Direitos Fundamentais	33
4. ATIVISMO JUDICIAL	36
4.1 Conceito e Algumas Considerações	36
4.2 Judicialização e Judicialização da Política	39
4.3 Ascensão do Judiciário e as Políticas Públicas	41
4.4 Ativismo na Recente Jurisprudência do STF	44

4.4.1 Anencefalia – o direito à interrupção da gestação de fetos inviáveis	44
4.4.2 Pesquisas com células-tronco	46
4.4.3 Reconhecimento jurídico da união homoafetiva	47
5 CONCLUSÃO	52
REFERÊNCIAS	54

1 INTRODUÇÃO

Uma das grandes questões do direito constitucional contemporâneo é o debate sobre o papel do Poder Judiciário e a tensão estabelecida entre este e os demais Poderes. Tal fato decorre do reconhecimento judicial de direitos fundamentais elencados na Constituição de 1988 e da nova hermenêutica constitucional na interpretação dos princípios. Dessa forma, o Judiciário passa a decidir sobre quase tudo que envolve os direitos fundamentais, com o fim de concretizá-los, tendo assim uma função atípica, pois cabe aos outros poderes a atribuição de efetivar tais direitos. É o que se configura como ativismo judicial.

A efetivação dos direitos fundamentais sociais pelo poder Judiciário frente à omissão dos poderes executivo e legislativo é um tema complexo, ideológico e muito polêmico na doutrina e na jurisprudência, em razão de que a satisfação das pretensões sociais em demandas judiciais, frequentemente entram em conflito com outras normas constitucionais como a separação dos poderes e a competência normativa do poder legislativo, bem como pelas possibilidades financeiras do Estado em cumprir com essas obrigações.

Apesar de essas questões acirrarem mais ainda sobre o papel da jurisdição constitucional e a relação que se estabelece entre neoconstitucionalismo e democracia, o fato é que a Constituição Federal definiu os objetivos fundamentais do Estado, orientando a compreensão e interpretação do ordenamento constitucional a partir do sistema dos direitos fundamentais. Assim, o presente trabalho busca demonstrar que o ativismo judicial surge como um meio capaz de concretizar os direitos fundamentais e que uma postura mais ativa do juiz é compatível com o ideal democrático, pois há uma relação muito forte entre democracia e concretização dos direitos fundamentais, não se podendo falar em um deles, sem a presença do outro.

Num país como o Brasil, mergulhado num oceano de incertezas e profundos dramas sociopolíticos e culturais que conclamam por medidas urgentes, efetivas e pontuais já que os autores políticos vivem uma crise de identidade, o Poder Judiciário surge como um novo escudo para atender a euforia do povo quanto à promoção e efetivação dos direitos fundamentais. O ativismo judicial tem suas raízes na jurisprudência norte-americana, e que em regra, é invocado sobretudo em casos de inércia do Poder Legislativo, que provoca a desarmonia entre a classe política e a sociedade civil, fato que, historicamente tem impedido a solução efetiva das

demandas sociais.

A pesquisa se desenvolve em cinco capítulos, sendo que o primeiro trata da introdução do trabalho. O segundo capítulo aborda o contexto político-social da transição do Estado de Direito para o Estado Constitucional Contemporâneo, onde os valores e interesses sociais são inseridos na Constituição por meio de princípios. Ainda neste capítulo, analisa-se o princípio da separação dos poderes no atual modelo institucional e a função judicial no Estado Constitucional e Democrático de Direito.

No terceiro capítulo, serão examinados as construções doutrinárias em torno do conceito dos direitos fundamentais, bem como suas dimensões e características, enfatizando o papel do Judiciário na efetivação de tais direitos. Como consequência, a hermenêutica dos direitos fundamentais passa a ocupar um papel de vanguarda da interpretação jurídica, enaltecendo dessa forma a atuação do Judiciário.

Por sua vez, o quarto capítulo é dedicado ao ativismo judicial, analisando seu conceito e suas raízes, bem como suas causas. Desse modo, delineado os principais aspectos em torno da ascensão do Poder Judiciário, compara-se no decorrer deste capítulo, a diferenciação entre judicialização da política e o ativismo judicial, para a análise das recentes decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) nos casos de maior repercussão social, como os que abordaram a pesquisa científica com células-tronco embrionárias e o reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas. Ainda neste capítulo, merece destaque a intensa discussão acerca de que o Judiciário sob pretexto de dar efetividade à Constituição acaba por formular políticas públicas, usurpando atribuições dos Poderes Executivo e Legislativo. O quinto e último capítulo trata de abordar a conclusão.

Menciona-se que a pesquisa teve como metodologia, a leitura e interpretação da doutrina, da jurisprudência e artigos constantes da bibliografia, donde se extraiu os fundamentos teóricos acerca da discussão do tema, através do método dedutivo.

2 CONSTITUIÇÃO, DEMOCRACIA E SUPREMACIA JUDICIAL

A Constituição faz a interface entre o universo político e o jurídico, instituindo o Estado de direito, os poderes constituídos e fazendo a distinção entre as funções típicas de cada Poder. A importância dos direitos fundamentais e os métodos de interpretação conforme a Constituição possibilitaram a ascensão institucional do Poder Judiciário nos últimos anos. Tal fato, reforça a importância da jurisdição constitucional nas democracias contemporâneas.

2.1 Princípio da Separação dos Poderes

A Constituição Federal de 1988, estabeleceu em seu artigo 2º, o princípio da separação dos poderes. Tal princípio proposto por Aristóteles, diz que cada Poder exerce uma função típica e que, todos são independentes e harmônicos entre si. Dessa forma, cada um dos Poderes não deve ingressar na esfera de competência típica dos demais, salvo as exceções já previstas na própria Constituição.

A divisão dos poderes surgiu com o propósito de evitar a tirania e limitar a atuação estatal sobre os direitos individuais. Tendo essa separação estabelecido o devido controle entre esses órgãos, afasta-se a possibilidade de regimes ditatoriais. Como reza a Constituição, o Poder Executivo é incumbido de administrar o Estado, o Legislativo de fazer as leis e o Judiciário de julgar.

Sabe-se que se os Tribunais não podem interferir na realização dos trabalhos legislativos, mas poderão, se for o caso, declarar a norma inconstitucional, deixando de aplicá-la. Assim, fundamentalmente cabe ao Judiciário a missão constitucional de controlar os atos emanados dos outros poderes sob o crivo da constitucionalidade à medida que lhe são submetidos e houver uma real contenda. Dessa maneira, é correto dizer que a palavra final quanto à conformidade deles à Constituição pertence ao Judiciário. A esse é dado historicamente o controle de constitucionalidade.

Embora a cultura jurídica brasileira seja pautada no constitucionalismo liberal que visa garantir as liberdades individuais, em detrimento da rígida separação dos poderes, o Poder Judiciário não dispunha de nenhuma margem de interpretação axiológica, pois a Constituição não tinha força normativa. Muitos direitos fundamentais contidos na Constituição dependiam de regulamentação pela

legislação ordinária.

Muitos criticam a atuação política do Judiciário, por entender que essa “invasão” fere a tripartição dos poderes. É certo que o Poder Judiciário não é permitido imiscuir na forma de cumprimento das políticas públicas adotadas pelo Executivo, porém, sendo o princípio da eficiência de observância obrigatória pelo administrador, é dever do Poder Judiciário determinar a sua observância.

Não por acaso temos acompanhado um Poder Judiciário mais participativo, ocupando posição central na história do país e decidindo questões de larga relevância social e política, inclusive as que deveriam ser resolvidas no âmbito dos Poderes Legislativo e Executivo, mas que, por motivos diversos, não vinham sendo concretizadas. Essa interferência do Judiciário é que chamamos de ativismo judicial que iremos abordar com mais clareza no quinto capítulo.

O ativismo do Judiciário não compromete a separação dos poderes, pelo contrário está agindo conforme reza a Constituição. A crise institucional que vive os atores políticos favorece esse ativismo. Um Poder Executivo que não implementa de maneira concreta as políticas públicas e um Poder Legislativo que está mais preocupado com sua agenda partidária do que com a atuação legislativa fazem com que haja um vácuo na efetivação de direitos fundamentais.

Diante da inércia legislativa, o Poder Judiciário é chamado para a efetivação dos direitos sociais, procurando implementar o conteúdo concreto desses dispositivos. Propõe assim a exercer uma função não apenas jurídica, mas uma função ativa e inovadora em prol da justiça social, com decisões que tenham efeitos políticos. É bem verdade que essa postura encontrará vários óbices, mas que de certa forma, o Judiciário está cumprindo seu papel constitucional.

E além disso, a Carta deu legitimidade tanto aos cidadãos como algumas instituições a ingressarem no Judiciário através por exemplo, do mandado de injunção quando houver falta de legislação regulamentadora de norma constitucional de eficácia limitada, consumando-se assim a omissão do Poder Público.

Se o Judiciário, diante da inércia administrativa e legislativa, também permanecesse estático, omissivo quanto à necessidade de qualquer atuação que trate de proteger os direitos fundamentais, estaria indo contra a própria essência de seu papel presente na Constituição, que seria o mediador entre o Estado contemporâneo e a sociedade. Na verdade, esse novo panorama do julgador é fruto da

redemocratização que viveu o país pós-Constituição/88, como bem lembra Streck¹

A democratização social, fruto das políticas do Welfare State, o advento da democracia no segundo pós-guerra e a redemocratização de países que saíram de regimes autoritários/ditatoriais trazem a lume constituições cujos textos positivam direitos fundamentais e sociais. Esse conjunto de fatores redefine a relação entre os poderes do Estado, passando o Judiciário (ou os tribunais constitucionais) a fazer parte da arena política.

Portanto, os juízes não seriam mais meros aplicadores da lei, passam a ter uma atuação mais política, no ensejo de dar cumprimento à Constituição, mesmo que isso acarrete em ingressar na seara de outro poder. Assim, o ativismo judicial não passa de uma releitura do princípio da separação dos poderes, modernizado de maneira que seja contínua sua função de proteger os direitos fundamentais. Revela-se assim uma mudança de paradigmas na interpretação do papel do Poder Judiciário, pois este está agindo para concretizar direitos.

Sem dúvida, quando um dos Poderes (Executivo e Legislativo) não cumpre seu papel constitucional, está nesse caso ferindo assim a separação dos poderes, já que este princípio não tem em seu arcabouço apenas dividir as funções do Estado e sim também fazê-las acontecer. Quando um ou outro não age de forma efetiva, estaria assim comprometendo o Estado Democrático de Direito.

O Poder Judiciário tem assumido assim, nos últimos tempos, comportamento e condutas cada vez mais amplas, judicializando temas e questões que possuem, em tese natureza política e social atinentes também a outras esferas e espaços de deliberação pública. Um exemplo disso é a decisão do STF nos Mandados de Injunção 670-9/ES, 708-0/DF e 712-8/PA², que tratam sobre o direito de greve dos servidores públicos. Seria dever do Legislativo editar tal norma sobre o assunto como reza a Constituição. Assim, como o legislador não cumpriu seu papel, coube ao Judiciário resolver essa lacuna, prolatando na decisão que a lei que trata da greve do setor privado seria aplicada em casos de greve dos servidores públicos.

Veja, os interessados no direito de greve não poderiam ficar *ad eternum* esperando a norma regulamentadora por parte do Legislativo.

Diante de tal panorama, o sistema da separação de poderes, deve ser repensado diante da nova ordem política-jurídica. Dessa forma, separar e delimitar as funções políticas e as funções jurídicas ajudaria a estabelecer um cenário mais

1 STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica e concretização da constituição**: as possibilidades transformadoras do direito. Belo Horizonte, 2003, p.685.

2 Todas essas injunções foram julgadas no dia 25-10-2007, tendo os respectivos acórdãos sido publicados no DJ de 31-10-2008.

racional de desenvolvimento do Estado de Democracia e de Direito.

2.2 Democracia e Neoconstitucionalismo

O surgimento do constitucionalismo moderno confunde-se com a eclosão das Constituições escritas e rígidas, sobretudo a dos Estados Unidos da América, em 1787 e a da França em 1791, após as revoluções que ocorreram em seus países. Esses documentos trouxeram em seu texto uma combinação entre os princípios democrático e constitucional, fruto da reivindicação dos movimentos sociais contra o regime absolutista. Apesar disso, na virada para o século XX, o continente europeu não havia passado por experiências democráticas mais consistentes. Tal quadro começa a mudar com a Constituição mexicana de 1917 e, logo mais com a Constituição alemã de Weimar, de 1919. Inaugura-se, nesse contexto o modelo de constitucionalismo dirigente baseado numa matriz liberal e que impõe ao Estado o dever de realizar prestações sociais positivas na efetivação de direitos econômicos e sociais.

A supremacia da Constituição faz parte da própria definição de constitucionalismo. Há de ressaltar, porém que há uma diferença entre o constitucionalismo liberal e o atual neoconstitucionalismo. O constitucionalismo é um termo utilizado para expressar uma postura ideológica favorável à adoção de uma Constituição como um instrumento para a limitação do exercício do poder.

Como bem salienta Alexandre de Moraes³, “a necessidade de limitação e controle dos abusos de poder do Estado e de suas autoridades e a consagração dos princípios básicos da igualdade e da legalidade como regentes do Estado” podem ser entendidas como as ideias que marcam o nascimento do constitucionalismo.

Assim, o novo pensamento constitucional está voltado ao reconhecimento da supremacia material e ideológica da Constituição, sendo que esta passou a condicionar a atuação dos poderes estatais. Este constitucionalismo transforma profundamente a relação entre Estado e sociedade, pois com a ampliação dos direitos fundamentais catalogados nas Constituições faz com que haja uma maior pressão popular para sua devida efetivação. Nota-se assim, uma convergência entre o ideal democrático e a Constituição, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial.

3 MORAES, Alexandre de. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da Constituição**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 34.

Nesse contexto, a Constituição passa a protagonizar os principais debates políticos, pois há um crescente prestígio daquela em relação aos demais ramos do Direito.

Trata-se de um neoconstitucionalismo, que Barroso⁴ identifica como

um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser analisadas (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento da interpretação constitucional.

Nesse sentido, a essência do novo constitucionalismo pauta-se na efetivação dos direitos fundamentais, bem como na defesa dos ideais democráticos. Há assim, uma relação muito forte entre democracia e concretização dos direitos fundamentais, não se podendo até mesmo falar em um deles, sem a presença do outro. Daí, temos que alguns direitos fundamentais são considerados como condições internas para a democracia e outros direitos fundamentais tidos como pré-condições externas.

Seriam condições para a democracia os direitos políticos, direitos de participação, que realizam a igualdade e a liberdade democráticas. No rol das pré-condições, inclui algumas liberdades consagradas por posições liberais e alguns direitos sociais, como educação e subsistência. A existência e preservação do parâmetro constitucional podem mostrar-se, dessa forma, exigências da própria democracia.

O que se pretende com o novo constitucionalismo é que a Constituição seja reinterpretada e reinventada de acordo com o momento social, pois a simples edição de normas constitucionais sem pensar nos meios de proteção das mesmas, não condiz com o Estado Democrático. Toma-se como exemplo, a Constituição de 1988 que positivou uma enorme gama de direitos básicos mas que na prática não são acessíveis à maioria da população. A grande causa disto é a ineficiência dos Poderes representativos em adotar providências que ensejam a concretização dos direitos fundamentais.

Diante da inércia dos autores políticos (Executivo e Legislativo) faz surgir uma mudança de paradigma de ordem institucional: a ascensão do Poder Judiciário,

4 BARROSO, Luis Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

dando-lhe um papel de maior relevância na concretização dos valores e dos direitos constitucionais. Tal ascensão se deu com a adoção de uma jurisdição constitucional, esta incumbida de garantir a rigidez constitucional e a estabilidade da própria democracia. Assim, o que se pretende é a real efetividade, pois quando a maioria legitima seus representantes para efetivar tais direitos constitucionais, e estes não o faz, o Judiciário passa a ser atuação decisiva na realização da Constituição, como bem preconiza Lenza⁵:

não mais apenas se atrelar [...] à ideia de limitação do poder político, mas, acima de tudo, buscar a eficácia da Constituição, deixando o texto de ter um caráter meramente retórico e passando a ser mais efetivo, especialmente diante da expectativa de concretização dos direitos fundamentais.

Assim, o neoconstitucionalismo busca resultado garantístico, mesmo que importe na limitação do Executivo e Legislativo. E isso, se justifica quando tomamos como parâmetro, os direitos fundamentais. Muitos autores se questionam se a jurisdição constitucional é compatível com a democracia já que o Judiciário é um poder não eleito. Entende-se que tal postura do Judiciário em viabilizar a consecução dos direitos fundamentais, encontra-se compatibilidade na democracia, até porque o Judiciário foi legitimado pelo Poder Constituinte a fazê-lo. Como bem lembra Estefânia Barbosa⁶, tais direitos “garantem o funcionamento da democracia, isto é, quando os direitos fundamentais impõem limites materiais aos atos do governo, estão na verdade, a proteger o povo como um todo e não apenas maiorias eventuais”. Ainda nesse sentido, Conrado Mendes⁷ entende que “a jurisdição constitucional é o elo para acomodação dos ideais democrático e constitucionalista. O guardião do constitucionalismo perante a taquicardia majoritária”

Com efeito, propõe-se a concepção constitucional de uma democracia em que as decisões políticas tratem todos os membros da comunidade como indivíduos, com igual consideração e respeito.

O grande objetivo dos neoconstitucionalistas, desse modo, seria desenvolver um modelo constitucional baseado na limitação do poder do Estado que garanta a tutela dos direitos fundamentais do cidadão, respeitando o processo democrático, estimulando a participação dos cidadãos e mantendo adequação ao cenário

5 LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 14. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010. p.55

6 BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição constitucional: entre constitucionalismo e democracia**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p.50

7 MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p.10

internacional, sem desconsiderar as peculiaridades culturais regionais. No entanto, o aperfeiçoamento do direito constitucional esbarra na falta de participação política dos cidadãos que leva à estagnação política, dificultando o desencadeamento de mudanças e conseqüente adequação da Constituição à realidade social. Isso acontece, principalmente, por causa do sistema democrático utilizado no país, no qual há o predomínio da forma representativa da democracia.

Dessa forma, na busca por uma transformação constitucional e revitalização da democracia, o neoconstitucionalismo procura novos meios para superar antigas limitações constitucionais e sociais.

2.3 Princípios de Interpretação Constitucional

A interpretação constitucional é uma modalidade de interpretação jurídica, porque ela se utiliza dos elementos tradicionais da interpretação jurídica em geral: gramatical, histórico, sistemático e teleológico. Tomando como parâmetro o constitucionalismo pós-guerra, foram desenvolvidos alguns princípios específicos de interpretação constitucional, princípios esses que figuram como pressupostos metodológicos da atuação do intérprete: supremacia da Constituição, presunção de constitucionalidade, interpretação conforme a Constituição, razoabilidade, proporcionalidade e efetividade.

Diante disso, o intérprete não deve considerar as normas constitucionais isoladas e dispersas, mas, sim integradas em um sistema unitário de normas e princípios, até porque a nova realidade invoca uma interpretação constitucional capaz de atender as demandas de uma sociedade que se tornou bem mais complexa e plural.

2.3.1 Princípio da supremacia da constituição

Nos países que adotam Constituições rígidas, como é o caso do Brasil, que demandam um procedimento mais difícil de modificação do seu texto, cria-se uma espécie de pirâmide normativa em cujo ápice estará a Constituição e, logo abaixo, as demais normas jurídicas, ou seja, a Constituição assume uma posição hierárquica superior à das demais normas do sistema. Esse princípio é assegurado pelos diferentes mecanismos de controle de constitucionalidade. Cabe ao Supremo

Tribunal Federal o exercício desse controle.

2.3.2 Presunção de constitucionalidade

A interpretação constitucional é desenvolvida pelas três funções do Estado – executiva, legislativa e judiciária. Todos os entes públicos devem pautar-se pela conformidade com a Constituição para a realização do bem comum. Esse princípio está relacionado com a interpretação das leis e dos atos normativos em face do texto da Constituição. A atividade legislativa destina-se, em última análise, a assegurar os valores e a promover os fins constitucionais. A atividade administrativa, tanto normativa quanto concretizadora, igualmente se subordina à Constituição e destina-se a efetivá-la. Havendo dúvida sobre a constitucionalidade de determinado ato normativo, o intérprete deve considerá-lo hígido, compatível com a Constituição. Assim, deve o Judiciário, ao dirimir a lide, contornar, no que for possível, a questão da constitucionalidade, ou seja, lhe reserva a primazia de dar a palavra final.

Com efeito, a presunção de constitucionalidade das leis e dos atos normativos é uma decorrência do princípio geral da separação dos Poderes e funciona como fator de autolimitação da atividade do Judiciário, que, em reverência à atuação dos demais Poderes, somente deve invalidar-lhes os atos diante de casos de inconstitucionalidade flagrante e incontestável. O princípio da presunção de constitucionalidade tem sido proclamado tanto pela doutrina como pela jurisprudência, no sentido de que a dúvida milita em favor da lei e que a violação da Constituição deve ser manifesta, porque a inconstitucionalidade nunca se presume.

2.3.3 Princípio da interpretação conforme a constituição

O princípio da interpretação conforme a Constituição é basicamente um princípio de controle e ganha relevância autônoma quando a utilização dos vários elementos interpretativos não permite a obtenção de um sentido inequívoco dentre os vários significados da norma. Sua principal função é assegurar a constitucionalidade da interpretação. É uma técnica que deve ser obedecida, sempre que for possível, pelo intérprete da norma infraconstitucional. Assim, não se está mais no campo do Direito Constitucional, mas, sim, no das demais normas, sobre as quais incide essa orientação. O aplicador da norma infraconstitucional, entre mais de

uma interpretação possível, deverá buscar aquela que a compatibilize com a Constituição, ainda que não seja a que mais obviamente decorra do seu texto. Tal princípio, tem por limite as possibilidades semânticas do texto, para que o intérprete não se converta indevidamente em um legislador positivo.

Seguindo essa linha, vale dizer que, na hipótese de norma infraconstitucional com vários sentidos, deverá o intérprete encontrar a significação que apresente conformidade com as normas constitucionais, procurando evitar sua declaração de inconstitucionalidade e conseqüente expulsão do ordenamento jurídico. A finalidade da interpretação conforme a Constituição é a possibilidade de manter no ordenamento jurídico, leis e atos normativos editados pelo poder competente que guardem valor interpretativo compatível com o texto constitucional.

2.3.4 Princípio da razoabilidade

Muitos doutrinadores associam o princípio da razoabilidade ao da proporcionalidade. Argumentam que o princípio da proporcionalidade possui relação de fungibilidade com o princípio da razoabilidade. Tal princípio tem sua gênese e fomento na garantia do devido processo legal. É um valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, por permitir o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público e por funcionar como a medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para a melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema.

Dessa forma, o Poder Judiciário poderá corrigir ou invalidar o ato discricionário que violar o princípio da razoabilidade porque, nesse caso, não se analisam o “mérito”, a conveniência e a oportunidade do ato administrativo, mas, sim, a violação da lei. Ressalte-se que o administrador possui liberdade dentro da lei para atuar quando o ato é discricionário. O princípio da razoabilidade revela-se como um parâmetro de valor voltado para os atos do Poder Público para aferir se eles estão adequados ao valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça

2.3.5 Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade acompanha toda a história e evolução dos direitos humanos e do Estado de Direito. O seu nascedouro está intimamente ligado

ao Direito Administrativo e a ideia de que os atos do Poder Público devem ser adequados e proporcionais em relação aos seus súditos. Atualmente, o princípio constitucional da proporcionalidade é um princípio universal no âmbito de vigência das constituições dos Estados democráticos de Direito. No Brasil, o princípio da proporcionalidade vem percorrendo uma trajetória mais modesta. Não está explicitado em nossa atual Magna Carta, e durante muito tempo chegou até a ser negado pelos doutrinadores pátrios.

Sendo assim, este princípio, que anteriormente a Constituição de 1988 não era utilizado, por vezes repudiado, veio a ser reconhecido expressamente pelo STF, tendo então, agora, *status* constitucional. O princípio da proporcionalidade ordena que a relação entre o fim que se busca e o meio utilizado deva ser proporcional, não-excessiva. Deve haver uma relação adequada entre eles. Tal princípio é utilizado quando há uma colisão de direitos fundamentais. Afinal, os direitos fundamentais não são ilimitados ou absolutos. Encontram seus limites em outros direitos, também fundamentais. Mas para que possam ter efetivação, devem ser ponderados quando estiverem em choque, colisão. Somente diante do caso concreto, o intérprete irá dizer qual direito prevalecerá. O princípio da proporcionalidade traduz a busca do equilíbrio e harmonia, da ponderação de direitos e interesses à luz do caso concreto como melhor forma de aplicação e efetivação destes mesmos direitos.

Bonavides⁸ conclui que “poder-se-á enfim dizer, a esta altura, que o princípio da proporcionalidade é hoje axioma do Direito Constitucional, corolário da constitucionalidade e cânone do Estado de Direito”.

2.3.6 Princípio da efetividade

O princípio da efetividade significa que a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe conceder. Na realidade, é um princípio operativo em relação a todas e quaisquer outras normas constitucionais. Embora sua origem esteja relacionada à tese da atualidade das normas programáticas, hodiernamente é invocada no âmbito dos direitos fundamentais; ou seja, no caso de dúvidas, o intérprete deve preferir a interpretação que reconheça maior eficácia aos

8 BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 397.

direitos fundamentais.

O intérprete constitucional deve ter compromisso com a efetividade da Constituição, pois deve-se prestigiar a vontade constitucional, por mais que venham a ocorrer a omissão do legislador em realizar a aplicabilidade da norma. A efetividade simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social.

É nesse contexto que o Judiciário vem assumindo uma postura mais ativista em relação às demandas que ensejam a efetivação das normas constitucionais, sobretudo no que concerne aos direitos fundamentais, pois o excesso de leis que muitas vezes conflituosas e a ineficiência do Executivo em implementar tais direitos, fazem crescer a atuação do Judiciário.

De certa forma, inaugura-se com isso um novo cenário jurídico e político capaz de viabilizar a justiça social.

2.4 A Função Judicial no Estado Constitucional e Democrático de Direito

A maior parte dos Estados Democráticos do mundo reserva uma parcela de poder político para ser exercido pelo Judiciário, por agentes públicos que não foram eleitos. A função típica do Judiciário é aplicar o direito em situações em que tenha surgido uma disputa, um litígio entre as partes. O julgador socorre à lei para encontrar uma resposta para o caso concreto.

Acontece que, com as complexidades da sociedade atual, o Judiciário passou a exercer um papel central na vida jurídica e política do país, já que os Poderes Executivo e Legislativo, atores centrais do processo democrático e da representatividade popular atravessam uma crise de legitimidade. Pois, é nesse cenário que o Judiciário surge para preencher o vazio, principalmente no que diz respeito à concretização de normas programáticas da Constituição.

Um dos pontos polêmicos então, sobre a função judicial no Brasil pós-Constituição de 88, é a disposição constante do Judiciário em resolver lides que possam desencadear em resultados que, tecnicamente deveriam ser resolvidos pelos outros Poderes. Cita-se o caso em que o juiz defere a distribuição de remédios, ante a omissão do administrador.

Assim, o Judiciário, através de seus atores, sejam juízes de primeiro grau, bem como as instâncias superiores, exercem na atual dinâmica constitucional um

papel mais ativo, independente, político e social. Há inúmeros críticos que dizem que os membros do Judiciário não possuem legitimidade democrática para serem mais atuantes na esfera judicial.

Entende-se que, na verdade essa atuação mais ativista do Judiciário vem a fortalecer a própria democracia, já que, a efetivação dos direitos fundamentais é indissociável dos princípios democráticos. E o que a jurisdição vem fazendo é garantir o que proclama a Constituição.

Com isso, a função judicial não somente de fiscalizar a atuação dos outros poderes, mas também surge como um destinatário crescente das demandas em busca da efetividade dos direitos. Se o Judiciário, diante da inércia administrativa e legislativa, também permanecesse estático, omissivo quanto à necessidade de qualquer atuação que trate de proteger os direitos, estaria indo contra a própria essência de seu papel presente na Constituição, que seria o de mediador entre o Estado contemporâneo e a sociedade.

E mais, o Estado democrático ergue-se sobre dois pilares: o constitucionalismo e a democracia. A democracia representa a soberania popular; o constitucionalismo, o poder limitado e o respeito aos direitos fundamentais. É possível que a vontade da maioria conflite com direitos fundamentais. Nesse caso, caberá ao Judiciário defender os direitos fundamentais, ainda que sua decisão contrarie a vontade dos representantes do povo. Logo, o ativismo do Judiciário surge como um meio não somente de existência da democracia e sim como forma de fortalecê-la.

A proteção dos direitos fundamentais é indispensável ao processo democrático, pois garante aos cidadãos a participação política nos processos deliberativos. Posiciona-se nesse sentido Estefânia Maria de Queiroz Barboza⁹, quando diz que “numa sociedade heterogênea, desigual e plural como a brasileira, só se poderá falar em democracia quando os direitos básicos dos cidadãos estiverem garantidos”. Para a referida autora, a definição do conteúdo de uma norma ou de um ato Legislativo ou Executivo, por parte do Judiciário, não fere o princípio democrático, ao contrário, lhe dá mais força, uma vez que existe a proteção das minorias e a aplicação dos direitos escolhidos pela própria sociedade no ato constituinte, tornando-a mais justa e solidária.

9 BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição constitucional**: entre constitucionalismo e democracia. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p.18-19.

Nesse sentido, atualmente, o povo espera do Estado prestações ativas, e não a mera garantia formal de igualdade, nem tão somente a concretização de uma democracia procedimental, mas também busca resultados democráticos, os quais são obtidos por meio da concretização dos direitos fundamentais. Por essa razão, o povo busca o Judiciário como garantidor dos direitos fundamentais que não foram realizados pelo Executivo, ou que espera uma regulamentação por parte do Poder Legislativo. E, além disso, grupos minoritários ou cidadãos isolados têm mais fácil acesso ao Judiciário, do que os demais poderes, o que faria sua atividade mais democrática.

Com efeito, o Poder Judiciário exerce um papel de destaque na atual conjuntura político-jurídica do Brasil. É imperiosa sua participação na transformação da realidade social, mormente pelo fato de que temos um país que é uma das maiores economias do mundo, mas que a desigualdade social é gritante.

3 DIREITOS FUNDAMENTAIS

3.1 Conceito

Os direitos fundamentais positivados hodiernamente nas Constituições são produto de diversas transformações ocorridas no decorrer da História. Os primeiros mecanismos de proteção individual surgem ainda no antigo Egito e Mesopotâmia, consubstanciados no Código de Hamurabi (1690 a.C.). Foi a primeira codificação em que estavam presentes direitos comuns a todos os homens, como a vida, propriedade e dignidade, prevendo-se, também, a supremacia das leis em relação aos governantes. Em 1215, com a Carta Magna, o poder do soberano foi limitado, além da amplitude dos sujeitos dos direitos fundamentais, que se restringiam à nobreza. As primeiras declarações modernas surgiram em 1776 com as Declarações da Virgínia e a norte-americana em 1787, reflexos do pensamento filosófico e ideológico existente na Europa no século XVIII.

Nesse contexto, em 1789, a França promulgou a Declaração do Homem e do Cidadão. Esta serviu de modelo para diversas Constituições, libertando os indivíduos das regras feudais e absolutistas; protegendo e instruindo os homens de seus direitos fundamentais, naturais, abstratos, imprescritíveis, inalienáveis, individuais e universais.

Após a Primeira Guerra Mundial, com o liberalismo político e econômico, a luta de classes, a concentração de riquezas e a exploração da classe operária, surge a preocupação com os direitos econômicos e sociais. A Constituição francesa de 1848, a Constituição mexicana de 1917, a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, editada na Rússia em 1918, o Tratado de Versalhes, com a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), são provas da preocupação com os direitos econômicos e sociais na época.

Apesar disso, apenas com a Constituição de Weimar consagraram-se os direitos sociais, ampliando, assim, o conceito de direitos fundamentais, que posteriormente se difundiu por vários países, inclusive o Brasil, com a Constituição de 1934. Por fim, na Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, os direitos fundamentais foram consolidados mundialmente. Desde então, os direitos fundamentais tornaram-se a base de qualquer Estado Democrático de Direito.

Como se vê, à medida que as condições sociais foram mudando, novos bens

vieram a ser contemplados com tutela jurídica. Assim com a ampliação e transformação dos direitos fundamentais no decorrer da história, dificulta atribuir um conceito preciso aos direitos fundamentais. E além do mais, essa dificuldade é aumentada pela circunstância de se empregarem várias expressões para designá-los, como: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem. Considerando o direito brasileiro, optamos pela nomenclatura mais adequada que utilizamos, *direitos fundamentais*. Até porque, é a expressão contida na Constituição.

Diante disso, vamos encontrar em muitos doutrinadores vários conceitos para os direitos fundamentais. Segundo Alexandre de Moraes¹⁰, os direitos fundamentais são um

conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana. A proteção de maneira institucionalizada dos direitos da pessoa humana contra os excessos do poder cometidos pelos órgãos do Estado ou regras para se estabelecerem condições humanas de vida e desenvolvimento da personalidade humana.

Para George Marmelstein¹¹,

os direitos fundamentais são pautas ético-políticas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana, positivadas no plano constitucional de um determinado país, que, por sua importância axiológica, compõem um "sistema de valores", que fundamenta e a legitima toda a ordem jurídica.

Os direitos fundamentais estão intimamente ligados a essas três palavras. Trata-se de uma atualidade do artigo 16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que dizia que o Estado que não reconhece os direitos fundamentais, nem a separação de poderes, não possui Constituição.

Para Ingo Wolfgang Sarlet¹², "os direitos fundamentais, ao menos de forma geral, podem ser considerados concretizações das exigências do princípio da dignidade da pessoa". Daí, extrai-se que os direitos fundamentais estão sempre a serviço da dignidade da pessoa humana, que é a razão de ser desses direitos, ou seja, existe uma forte ligação entre tais institutos.

10 MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 2.ed., São Paulo: Atlas, 2008, p. 19

11 LIMA, George Marmelstein. **Proteção judicial dos direitos fundamentais**: diálogo institucional entre Brasil e Alemanha. Rio de Janeiro: Universidade Federal Fluminense: 2007, p.14.

12 SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 110.

Assim, a dignidade da pessoa humana ganha status de princípio jurídico. Todos os direitos fundamentais têm como premissa, a dignidade da pessoa humana.

Como bem lembra Barroso¹³, que a dignidade da pessoa humana,

é um valor fundamental que se viu convertido em princípio jurídico de estatura constitucional, seja por sua positivação em norma expressa seja por sua aceitação como um mandamento jurídico extraído do sistema. Serve, assim, tanto como justificação moral como fundamento normativo para os direitos fundamentais.

Vale lembrar, a partir das palavras de Barroso que a dignidade não é um direito fundamental em si, ela é o parâmetro da ponderação em caso de concorrência entre direitos fundamentais.

3.2 Características dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais possuem algumas características jurídicas que os tornam direitos especiais, pois o ordenamento jurídico estabeleceu mecanismos processuais para facilitar a sua proteção, sobretudo através do Poder Judiciário. Dentre essas características, podem ser enumeradas algumas, tais como: (a) universalidade, (b) imprescritibilidade, (c) inviolabilidade, (d) indisponibilidade, (e) inalienabilidade, e (f) efetividade.

3.2.1 Universalidade

Diz respeito ao fato de que, os direitos fundamentais são dirigidos a todo ser humano em geral sem restrições, independente de sua raça, credo, nacionalidade ou convicção política. Há uma preocupação universal em atender os direitos fundamentais para todos os indivíduos.

Vale ressaltar que, nem todos os direitos fundamentais adequam-se plenamente a essa característica, como bem lembra Gilmar Mendes¹⁴,

não é impróprio afirmar que todas as pessoas são titulares de direitos fundamentais e que a qualidade de ser humano constitui condição suficiente para a titularidade de tantos desses direitos. Alguns direitos fundamentais específicos, porém, não se ligam a toda e qualquer pessoa. Na lista brasileira dos direitos fundamentais, há direitos de todos os homens – como o direito à vida – mas há também posições que não interessam a todos os indivíduos, referindo-se apenas a alguns – aos trabalhadores, por exemplo.

13 Ibid, nota 4, p. 296

14 MENDES, Gilmar Ferreira. et al. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. rev. Atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 240.

A problemática quanto à universalidade é a barreira encontrada no chamado multiculturalismo, pois fica a seguinte questão: como atender os direitos fundamentais de maneira universal, se alguns países burlam os próprios direitos fundamentais, como fundamento de suas culturas? O que se pretende não é criar uma uniformidade dos direitos fundamentais no contexto mundial, mas que, a indicação dos conteúdos dos direitos fundamentais fica a cargo da consciência desenvolvida por determinada comunidade ou país em cada momento histórico.

O que se percebe com destaque, atualmente, é uma internacionalização dos direitos fundamentais (internacionalizam-se os direitos fundamentais e internacionaliza-se a concepção universalista deles), seja através do reconhecimento desses direitos pelas comunidades de Estados (como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, da Organização das Nações Unidas, de 1948, e a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, do mesmo ano; a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, de 1950; a Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou Pacto de São José da Costa Rica, de 1969), seja pela previsão de meios de proteção, especialmente a instituição de tribunais com jurisdição internacional (Corte de Haia, Corte de Estrasburgo, Corte de São José da Costa Rica), o estabelecimento de procedimentos pertinentes e a imposição eficaz de sanções.

Sob este prisma, ao internacionalizarem os direitos fundamentais, internacionalizam-se a concepção universalista deles. Com isso, os cidadãos passam a ter a possibilidade de acesso às jurisdições internacionais, quando seus direitos são violados, e tem-se assim um desdobramento da universalidade e uma dimensão supranacional dos direitos fundamentais quando à sua eficácia.

3.2.2 Imprescritibilidade

Os direitos fundamentais não se perdem com o tempo, não prescrevem, uma vez que são sempre exercíveis e exercidos, não sendo perdidos pela falta de uso (prescrição). É claro que, tal regra não é absoluta, existindo direitos que, eventualmente podem ser atingidos pela prescrição, como é o caso da propriedade, que não sendo exercida, poderá ser atingida pela usucapião.

De acordo com a imprescritibilidade, os direitos fundamentais, apesar de serem usados simultaneamente, não implicam no desaparecimento pelo lapso

temporal, já que os mesmos estão em constante evolução na medida que aumenta o âmbito de incidência entre os indivíduos, mas que nunca permitindo a exclusão de direitos já conquistados.

3.2.3 Inviolabilidade

Diz respeito à impossibilidade dos direitos fundamentais não serem observados por disposições infraconstitucionais ou por atos das autoridades públicas, sob pena de nulidades dos mesmos, bem como da responsabilização civil, penal ou administrativa.

3.2.4 Indisponibilidade

De forma geral, os direitos fundamentais são indisponíveis. Não se pode fazer com eles o que bem se quer, pois eles possuem eficácia objetiva, isto é, importam não apenas ao próprio titular, mas sim interessam a toda a coletividade. Também aqui há exceções, pois existem alguns direitos fundamentais que são disponíveis, tais como a intimidade e a privacidade. Isso, ressalte-se, é a exceção. Mesmo assim, a renúncia a direitos fundamentais só é admitida de forma temporária, e se não afetar a dignidade humana.

3.2.5 Inalienabilidade

Via de regra, os direitos fundamentais não podem ser alienáveis. Possuem, assim uma eficácia objetiva, ou seja, não são meros direitos pessoais (subjetivos), mas são de interesse da própria coletividade. É claro, que existem algumas exceções, como por exemplo o direito à propriedade.

3.2.6 Efetividade

A existência das normas reguladoras dos direitos fundamentais, sua validade e simples eficácia não satisfazem as necessidades da sociedade. A efetividade é a realização concreta, no mundo dos fatos, dos comandos abstratos contidos na norma. Assim, exige-se do Poder Público a efetivação concreta dos direitos

fundamentais.

3.3 As Dimensões dos Direitos Fundamentais

A doutrina costuma classificar os direitos fundamentais em gerações ou dimensões. Trata-se de uma classificação que leva em conta a cronologia em que os direitos foram paulatinamente conquistados pela humanidade e a natureza de que se revestem. Usaremos o termo “dimensões”, pois a nomenclatura “gerações” nos dá a falsa impressão de que os direitos conquistados sobrepõem a outros sucessivamente. Pelo contexto histórico experimentado pelos direitos fundamentais costuma-se falar em três dimensões de direitos fundamentais. Há quem defenda a existência de uma quarta e até mesmo de uma quinta e sexta dimensão. Iremos abordar somente das três dimensões.

3.3.1 Direitos fundamentais de primeira dimensão

Os direitos fundamentais de primeira dimensão se relacionam à luta pela liberdade e segurança diante do Estado e confundem-se com a fase inaugural do constitucionalismo ocidental. Tais direitos foram materializados nas constituições liberais, e constituem como direitos de resistência ou oposição ao Estado. Pressupõem uma separação entre Estado e Sociedade.

A referida geração de direitos encontra sua gênese nos ideais iluministas e jusnaturalistas dos séculos XVII e XVIII, cujos revolucionários tinham como premissa a ideia de não-intervenção do Estado na liberdade do indivíduo. A liberdade tem a qualidade de um princípio que é inerente a todos os seres humanos, como bem proclama a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão* de 1789.

A primeira geração dos direitos fundamentais caracteriza-se, sobretudo, pela resistência dos indivíduos frente aos desmandos estatais, pela luta contra a opressão desmedida, contra o processo penal inquisitorial, contra a falta de garantias mínimas e a favor da igualdade formal entre os indivíduos e perante o Estado. Os direitos de primeira geração relacionam-se aos direitos civis e políticos que postulavam uma atividade negativa por parte do Estado, não violando o cunho individual destes direitos.

Assim, as cartas de características eminentemente liberais, eram limitadas

através da autoridade do Estado, designando desta forma separar os poderes nas suas respectivas funções (legislativo, executivo e judiciário), e consubstanciando a efetivação da declaração dos direitos. Este gama de direitos fundamentais perdurou até o início do século XX, quando a partir deste, foram ingressados novos direitos fundamentais.

3.3.2 Direitos fundamentais de segunda dimensão

A segunda dimensão dos direitos fundamentais é marcada por um contexto histórico diverso das revoluções do século XIX, mas que esta dimensão surge como consequência daquela. Os conflitos entre capital e trabalho surgidos com a Revolução Industrial foram o fato marcante para o surgimento da segunda dimensão dos direitos fundamentais, pois cobra-se do Estado uma atitude positiva para garantir os direitos conquistados anteriormente. Com a nova realidade social, tornou-se difícil a concretude dos direitos de liberdade e igualdade, pois a vida cotidiana da classe proletária nada condizia com as condições mínimas de existência, pois os baixos salários e dura jornada de trabalho não lhe davam poderes econômicos para instrumentalizar os meios necessários para que se tornem reais tais direitos.

Como resultado da constante luta dos trabalhadores, o Estado passa a legislar acerca das proteções e direitos dos destes, como a previdência social e a regulamentação das relações jurídicas do trabalho a fim de criar um padrão mínimo de direitos sociais. Surge assim, o Constitucionalismo social, concepção do Estado que, diverso das Constituições liberais, tende a ser mais enérgico na interferência da ordem econômica e social, a ponto de trazer instrumentos jurídicos protetivos, visando a tutela do trabalho e outras tantas relações sociais que dependiam da atuação governamental.

Dessa maneira criou-se condições materiais para a realização dos direitos de igualdade, por exemplo. A vertente de justiça social estava presente em muitos documentos, como por exemplo a *Constituição Mexicana* (1917), a de *Weimar* (1919), e a *Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado* (1918). Tais documentos propunham os direitos sociais como vetores para uma sociedade mais justa e igualitária.

Com a intervenção do Estado, busca-se o equilíbrio social através do

tratamento igual os iguais e desigual aos detentores de necessidades especiais.

Nesse contexto, vislumbrava-se uma nova relação entre Estado e sociedade, por meio de uma ação corretiva dos Poderes Públicos que têm o dever de proporcionar aos indivíduos assistência social, saúde, educação, trabalho, lazer etc. Os direitos de segunda dimensão são assim denominados, não porque são direitos de coletividade, mas em razão de unirem as reivindicações de justiça social.

Propõe-se o modelo de um Estado social, que não faça distinção qualquer entre os governados, quer pela profissão ou cargo que exercem, quer pela raça, cor, idade ou sexo. Propõe-se a formação de um Estado perante o qual todos sejam comuns, iguais e que promova o bem-estar dos governados.

3.3.3 Direitos fundamentais de terceira dimensão

Durante o período entre guerras, o principal acontecimento foi uma crise generalizada do capitalismo. Tal acontecimento aliou-se sobretudo ao estado de desequilíbrio econômico que se instalou em todo o mundo e, particularmente na Europa, que experimentou um colapso na estrutura social e financeira após a primeira grande guerra. Nesse contexto, não se fala em proteção dos direitos individuais ou coletivos que caracterizaram as dimensões anteriores, mas em prerrogativas pertencentes ao gênero humano, essencialmente difusas, o que inova nos direitos humanos, tanto em seu aspecto objetivo frente aos diversos bens juridicamente tutelados, quanto no subjetivo, pela indeterminação dos sujeitos e instituições envolvidas em razão da disseminação dos riscos sociais.

O mundo começa a pensar na ideia de uma sociedade mais fraternal. Tem-se portanto a busca pelo respeito mútuo entre os países. A fraternidade é o grande objetivo da gama de direitos da terceira dimensão. O primeiro grande documento representante dessa dimensão de direitos foi, portanto, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada em assembleia geral das Nações Unidas em dezembro de 1948. Seguiu-se a ele, a Declaração dos Direitos da Criança de 1959; a Convenção sobre Direitos Políticos da Mulher, de 1952; a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de discriminação racial, de 1963; o Pacto sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966; o Pacto sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Políticos, do mesmo ano; a Convenção Internacional para Repressão do Genocídio, de 1958, e muitos outros.

Pode-se afirmar que os direitos de terceira dimensão caracterizam-se pela titularidade difusa ou coletiva. A proteção é dirigida à coletividade, não mais ao homem individualizado. No rol desses direitos encontram-se o direito à paz, ao desenvolvimento, à qualidade do meio ambiente, à conservação do patrimônio histórico e cultural.

2.5 O Papel do Poder Judiciário na Efetivação dos Direitos Fundamentais

A Constituição de 1988 veio a estruturar um modelo de Estado Democrático de Direito com o intuito de enfrentar os problemas sociais, concedendo-lhes melhores soluções que outros estágios de evolução do Estado e do constitucionalismo. O constituinte traçou os direitos fundamentais como o pilar de todo o sistema jurídico brasileiro. Dessa forma, cabe aos poderes do Estado promover a efetivação de tais direitos. Passado mais de vinte anos de constituição, verificou-se que os poderes executivo e legislativo não se comprometeram fielmente com os objetivos e diretrizes estabelecidos pela Constituição Federal, uma vez que esses poderes estão se omitindo na obrigação de efetivar os direitos fundamentais.

O aumento de atribuições dos poderes executivo e legislativo em garantir o Estado Social instituído pela Constituição não foi rigorosamente acompanhada pelos agentes encarregados destas funções. A eventual conduta omissiva dos poderes em não efetivar os direitos fundamentais se caracteriza como um comportamento contrário à Constituição, pois esta deu *status* de aplicabilidade imediata às normas definidoras de direitos fundamentais.

Acontece que, devido à limitação de recursos públicos e inércia do legislador, os direitos fundamentais não têm sua concretização imediata. Muitas normas que dizem respeito a tais direitos carecem de regulamentação legislativa, o que torna inviável a sua efetivação por parte do administrador, pois fica-se a seguinte questão: como obrigar o executivo a promover tal direito se não há uma norma infraconstitucional regulamentando-o? Veja-se, ainda que a Constituição possui caráter imperativo, os poderes não deram muita importância principalmente ao artigo 5º o qual traz o rol dos direitos fundamentais. Seria a Constituição longe demais ou uma sociedade idealizada por esta, é um projeto utópico?

Pois bem. O contexto social e político pela qual passava o Brasil antes de 1988 é a ditadura militar, período pelo qual houve uma violação extrema aos direitos

humanos. Com a redemocratização, o país resolveu dá um fim ao Estado opressor e a partir de então, limitou-se o poder estatal frente ao indivíduo. Vários direitos são constitucionalizados, cabendo evidentemente ao Estado a promoção de tais direitos. O problema é que, com a má funcionalidade da máquina pública aliada à desídia do legislador fizeram com que os direitos fundamentais não fossem tratados com prioridade pelo Poder Público. Assim, a Constituição não é um “projeto utópico”, mas sim uma Carta que delimita todos os instrumentos para a implementação de uma sociedade mais justa e fraternal. Esse é o espírito da Constituição de 1988. Logo, não há dúvidas de que a promoção dos direitos fundamentais fortalece a democracia na medida em que isto vem beneficiar a todos.

E na eventual falha dos Poderes Executivo e Legislativo na efetivação dos direitos fundamentais, um outro poder surge como um meio capaz de efetivar tais direitos: o poder judiciário. Quanto a este, verificou-se nos últimos anos um avanço na teoria dos direitos fundamentais, impulsionada pela criação doutrinária de cunho garantista. Tal evolução se inclinou em frear a atuação do Estado na violação dos direitos e garantias individuais, e bem recentemente as primeiras medidas de concretização judicial de direitos fundamentais, cuja juridicização ainda está em construção, tendo em vista que boa parte dos juristas ainda reluta em afirmar o caráter programático desses direitos positivos.

Até pouco tempo atrás, alguns autores defendiam que as normas definidoras dos direitos fundamentais sociais seriam destituídas de força jurídica capaz de satisfazer dada pretensão, sendo encaradas apenas como recomendações aos poderes executivo e legislativo, mas não obrigações com força impositiva. Acontece que, com a pressão dos grupos sociais e uma nova mentalidade dos julgadores brasileiros que passaram a “valorizar” a Constituição, os direitos fundamentais não são mais encarados apenas como normas programáticas. Conforme Clémerson Merlin Clève¹⁵,

Os direitos fundamentais sociais devem ser compreendidos por uma dogmática constitucional singular, emancipatória, marcada pelo compromisso com a dignidade da pessoa humana e, pois, com a plena efetividade dos comandos constitucionais. Ou seja, uma nova configuração dos direitos fundamentais, especialmente dos apontados como sociais, exige uma renovada abordagem doutrinária para dar conta de sua eloqüente significação.

15 CLÈVE, Clémerson Merlin. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais. Revista de direito constitucional e internacional.** Ano 14, janeiro-março, 2006, n. 54. Revista dos Tribunais, p. 30

É certo que uma postura mais ativa do Judiciário implica em possíveis zonas de tensões com as demais funções do Poder, todavia não se defende uma supremacia de qualquer das funções, mas, sim, a supremacia da Constituição, que implica que o Judiciário não é um mero carimbador de decisões políticas das demais funções. É preciso, portanto, conciliar o texto constitucional com uma prática constitucional adequada, e tal missão somente pode ser cumprida se o Poder Judiciário não pensar mais no dogma do princípio liberal da legalidade, mas, sim, no princípio da Constitucionalidade dos atos.

Não é que o Poder Judiciário esteja acima dos demais poderes, mas sim porque é o poder que deve impedir o abuso dos demais poderes. Efetivamente a implementação dos Direitos fundamentais depende e muito do Poder Judiciário, não sendo possível demorarmos na implementação dessa nova visão, pois como dilucida com propriedade Lênio Streck¹⁶,

a simples elaboração de um texto constitucional, por melhor que seja, não é suficiente para que o ideário que o inspirou se introduza efetivamente nas estruturas sociais, passando a reger com preponderância o relacionamento político de seus integrantes. Daí que a eficácia das normas constitucionais exige um redimensionamento do papel do jurista e do Poder Judiciário (em especial da Justiça Constitucional) nesse complexo jogo de forças, na medida em que se coloca o seguinte paradoxo: uma Constituição rica em direitos (individuais, coletivos e sociais) e uma prática jurídico-judiciária que, reiteradamente, (só)nega a aplicação de tais direitos.

16 STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 28.

4 ATIVISMO JUDICIAL

4.1 Conceito e Algumas Considerações

Existem muitas controvérsias quanto à origem do ativismo judicial. Muitos autores afirmam que o fenômeno surgiu com a jurisprudência norte-americana. Com natureza conservadora, a Suprema Corte norte-americana pacificou questões como a segregação racial, a invalidação de leis sociais em geral, além de direitos fundamentais envolvendo negros e mulheres.

Vanice Regina Lírio do Vale¹⁷ assegura que o termo ativismo judicial nasceu com a publicação de um artigo do jornalista americano Arthur Schlesinger numa reportagem sobre a Suprema Corte dos Estados Unidos, no qual ele traçou o perfil dos juízes da Suprema Corte.

Em sentido contrário, Carlos Eduardo de Carvalho¹⁸ afirma que o vocábulo ativismo judicial foi empregado pela primeira vez em 1916, na imprensa belga. Porém, sua consagração foi nos Estados Unidos em face da postura adotada pela Suprema Corte quando foi presidida por Earl Warren, entre 1954 e 1969. A partir daí, muitos tribunais constitucionais do pós-guerra, foram responsáveis pela vanguarda dos direitos fundamentais, muitas vezes contrários ao próprio Parlamento.

Por força de uma intensa reação conservadora, o ativismo judicial assumiu, sobretudo, nos Estados Unidos, uma conotação negativa, pois muitos consideravam a atuação da Corte como imprópria ao seu exercício, já que sua atitude ativista resultou numa maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Por conta das críticas ideológicas de cunho progressista ou conservadora, muitos autores divergem acerca do conceito do que seja o ativismo judicial.

Elival da Siva Ramos¹⁹, aborda o instituto nos seguintes termos:

ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa, e, até mesmo, da função de governo. Não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, e sim da

17 VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Juruá, 2009, p.21.

18 CARVALHO, Carlos Eduardo Araújo de. Ativismo Judicial em crise. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 2137, 2009. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/12781/ativismo-judicial-em-crise>. Acesso em: 4 abr. 2013.

19 RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.116-117.

descharacterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros poderes.

O referido autor critica arduamente o ativismo do Judiciário, pois este extrapola as suas atribuições típicas, ingressando na órbita que seria de outro poder.

Um outro autor que enxerga o instituto como uma interferência indevida do Judiciário é Gomes²⁰ que conceitua o ativismo judicial como:

uma espécie de intromissão indevida do Judiciário na função legislativa, ou seja, ocorre ativismo judicial quando o juiz “cria” uma nova norma, usurpando a tarefa do legislador, quando o juiz inventa uma norma não contemplada nem na lei, nem nos tratados, nem na Constituição.

Tem-se mais uma vez, a ideia de que o ativismo judicial é uma forma de usurpação da função legislativa pelo Judiciário. Já Carvalho²¹, formula o ativismo como uma “postura a ser adotada pelo magistrado que leve ao reconhecimento da sua atividade como elemento fundamental para o eficaz e efetivo exercício da atividade jurisdicional”. Mostra-se nesse conceito um viés positivo sobre o ativismo.

Nessa mesma linha, Barroso²² entende que:

[...] a ideia de ativismo judicial está diretamente ligada a uma participação mais extensa e intensa do Judiciário na interpretação dos preceitos constitucionais, de maneira a conferir máxima efetividade e concretização aos valores e objetivos constitucionais, com acentuada interferência nas atribuições dos outros dois Poderes.

Ante os conceitos apresentados, fica claro que ocorre ativismo judicial quando o Judiciário, em atribuição que não lhe é típica, busca efetivar algum direito quando a lei ainda não o fez, invadindo, em tese, competência do Poder Legislativo e fazendo isso, em regra, quando há inércia deste.

Percebe-se que a raiz principal do problema reside na inércia do legislador, pois quando este não cumpre seu papel constitucional ameaça não somente o projeto do Estado social, como também causa uma certa crise institucional entre os poderes. É, sobretudo por essa razão que o ativismo ganhou força com a crescente demanda do Supremo Tribunal Federal em julgamento de casos de grande

20 GOMES, Luiz Flávio. O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes? **Jus Navigandi**. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/12921/o-stf-esta-assumindo-um-ativismo-sem-precedentes>. Acesso em: 15 mar. 2013.

21 CARVALHO, Carlos Eduardo Araújo de. Ativismo Judicial em crise. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 2137, 2009. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/12781/ativismo-judicial-em-crise>. Acesso em: 4 abr. 2013.

22 BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 18 mar 2013.

repercussão nacional.

Todavia, não é somente na jurisdição constitucional que ocorre o ativismo, pois este pode ocorrer tanto na interpretação legal quanto na interpretação constitucional. Não é novidade, que em muitos casos os juízes estão agindo como verdadeiros legisladores, atuando além do espectro de interpretação da norma, para criá-la conforme o caso concreto. É, claro que devido à quantidade de sentenças com perfil aditivo por ela emitidas, extraídas do processo mais elástico de interpretação constitucional, o ativismo é frequentemente discutido dentro da atuação da Corte Constitucional.

É evidente que existem diversas críticas quanto à expansão do Poder Judiciário. Mas, de qualquer forma o momento vivido atualmente pelos *juízes* é de salutar importância para o povo brasileiro, já que a postura ativista do juiz vem criando um novo cenário no que se refere principalmente à relação institucional entre os poderes.

O cidadão vê o Judiciário agora sob outra vertente, pois encontrou neste uma solução para o problema de concretização de seus direitos. Direitos esses, que deveriam ser implementados pelos seus representantes eleitos democraticamente. Não prospera mais um Judiciário longe dos anseios do povo. Propõe a exercer uma função não apenas jurídica, mas uma função ativa e inovadora em prol da justiça social, com decisões que tenham efeitos políticos. Como acentua Barroso²³ “a jurisdição constitucional não deve suprimir nem oprimir a voz das ruas, o movimento social, os canais de expressão da sociedade. Nunca é demais lembrar que o poder emana do povo, não dos juízes”.

A defesa em prol do ativismo se perpetua, portanto, com a ideia conceitual dos autores que enxergam de forma positiva a interferência do Judiciário, pois, a base política do modelo estatal brasileiro lastreia-se no respeito e promoção dos direitos fundamentais, notadamente os sociais, de maneira que todas as esferas de poder, Executivo, Legislativo e Judiciário, possuem o compromisso com a concretização destes direitos. Drummond²⁴ nas suas lições, diz que:

o Estado Democrático de Direito se assenta na supremacia da Constituição, na democracia, na valorização do jurídico, na proteção aos direitos

23 BARROSO, Luís Roberto, Op. cit., nota 4, p. 252.

24 DRUMMOND, Letícia Barbosa. **Controle judicial das políticas públicas e o princípio da reserva do possível.** Disponível em: http://www.fmd.pucminas.br/Virtuais/1_2008/Discentes/Controle%20Judicial.pdf. Acesso em 02 mai. 2013.

fundamentais e na aplicação imediata das normas constitucionais. Governantes e governados se submetem ao direito posto, com o propósito de garantir as liberdades fundamentais. O Direito se abre para o povo, que é chamado para dizer o que é justo para si e, assim, reformular o ordenamento. Dessa forma, a ideia de justiça é pensada constantemente.

Sob este prisma, entende-se que a proteção dos direitos fundamentais é indispensável ao processo democrático, pois garante aos cidadãos a participação política nos processos deliberativos.

Assim, a Constituição orientou a interpretação desta pelo critério do sistema dos direitos fundamentais, para que dessa forma, o Judiciário possa interpretá-la, utilizando-se de uma hermenêutica que ultrapasse o formalismo positivista.

4.2 Judicialização e Judicialização da Política

Há uma tendência em confundir-se o ativismo judicial com a judicialização. Apesar da semelhança entre os institutos, estes não se confundem, pois originados de causas imediatas diversas. A judicialização diz respeito ao fato de que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas em caráter final, pelo Judiciário. Trata-se de uma transferência de poderes aos juízes e tribunais, os quais passam a decidir as lides que afligem a sociedade, nos limites dos pedidos formulados e tendo a Constituição como parâmetro. Já o ativismo decorre da ação proativa dos órgãos do Poder Judiciário, voltados à ampla interpretação das normas constitucionais, com expansão de seu alcance e sentido.

Nas palavras de Barroso²⁵,

a judicialização ampla, portanto, é um fato, uma circunstância decorrente do desenho institucional brasileiro, e não uma opção política do Judiciário. Fenômeno diverso, embora próximo, é o ativismo judicial. O ativismo é uma atitude, é a deliberada expansão do papel do Judiciário, mediante o uso da interpretação constitucional para suprir lacunas, sanar omissões legislativas ou determinar políticas públicas quando ausentes ou ineficientes.

Para melhor compreendermos a distinção entre judicialização e ativismo, tomemos como exemplo a Ação Direta de Constitucionalidade (ADC) n° 12/2005, cujo objeto consistia na declaração de constitucionalidade da Resolução n° 7 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que vedou o nepotismo do âmbito do judiciário.

A referida ADC retrata hipótese de judicialização. Com base no art.103-B, § 4º., incisos I e II, da Constituição Federal, o STF reconheceu a competência do CNJ

25 BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., nota 4, p. 39-40.

para zelar pela observância do artigo 37 da CF e apreciar a validade de atos administrativos praticados pelo Judiciário. Com base nisso, declarou a constitucionalidade da norma.

Alguns meses depois, o STF editou a Súmula Vinculante nº13, estendendo a vedação do nepotismo para toda a administração pública direta e indireta, em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Nesse segundo momento a vedação do nepotismo decorreu de uma opção feita pelo Poder Judiciário, representado pelo pleno do STF, diante da omissão do Poder Legislativo e Executivo, que não editaram normas vedando a prática de nepotismo. Inexiste no texto constitucional norma proibindo o nepotismo nos referidos poderes.

Assim, os ministros da Corte Suprema decidiram a editar tal súmula em nome dos princípios da moralidade e da impessoalidade. Vê-se nesse caso uma postura de ativismo judicial, pois o STF aplicou a Constituição, mesmo inexistindo regra expressa ou lei ordinária vedando o nepotismo.

Essa centralidade assumida pelo Poder Judiciário, intensificou a procura do cidadão por esse poder seja de forma direta, ou indiretamente, através dos legitimados coletivos. A conscientização política do cidadão e o surgimento de novos instrumentos processuais contribuíram para o aumento das demandas submetidas ao seu crivo. Existem muitas críticas acerca da ascensão do Judiciário. Uma delas é de natureza política: juízes não são atores políticos, ou seja, não foram eleitos pelo povo. Tal crítica não logra, pois, na ótica da judicialização, o Judiciário passa a ser utilizado como um recurso das minorias parlamentares contra as maiorias, como armas da oposição no jogo político.

Da mesma forma, os sindicatos (confederações de classe) se utilizam da justiça para buscar seus interesses corporativos. Os partidos políticos, por seu turno, procuram “instituir” no Judiciário uma arena alternativa à democracia representativa. Assim, a judicialização, bem como o ativismo fortalece a democracia, como foi demonstrado em linhas preliminares deste trabalho.

A judicialização constitui um fato inelutável, uma circunstância decorrente do desenho institucional vigente, e não uma opção política do Judiciário. Não se trata tão somente de uma postura do órgão julgador, mas de uma realidade inconteste. Esse fenômeno envolve o aumento de situações da vida nacional que o Poder Judiciário passa a ter de se pronunciar. A constante e crescente atuação do Judiciário é fruto da omissão dos poderes Executivo e Legislativo, que ao

implementar as pretensões mínimas dos cidadãos, transferiu a concretização dos direitos reconhecidos na carta constitucional aos órgãos judicantes.

Há causas de naturezas diversas para o fenômeno da judicialização. Barroso²⁶ nos aponta algumas,

a primeira delas é o reconhecimento da importância de um Judiciário forte e independente, como elemento essencial para as democracias modernas. Como consequência, operou-se uma vertiginosa ascensão institucional de juízes e tribunais, assim na Europa como em países da América Latina, particularmente no Brasil. A segunda causa envolve certa desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral. Há uma terceira: atores políticos, muitas vezes, preferem que o Judiciário seja a instância decisória de certas questões polêmicas, em relação às quais exista desacordo moral razoável na sociedade.

A partir das lições de Barroso, é possível observar que a judicialização no Brasil decorre, sobretudo, de dois fatores: o modelo de constitucionalização abrangente e analítica adotado; e o sistema de controle de constitucionalidade, em que todo juiz e tribunal podem pronunciar a invalidação de uma norma no caso concreto. Além disso, com a *redemocratização* do país, houve uma recuperação das garantias da magistratura. E, aliado à atuação intensa e efetiva do Judiciário tivemos o crescimento do Ministério Público, que deixa a posição exclusiva de órgão acusador, para ocupar-se de questões relacionadas ao interesse social.

E nesse cenário de mudanças, não é mais tolerável a inércia dos poderes Executivo e Legislativo frente aos anseios sociais, em desrespeito, principalmente, às normas constitucionais que versem sobre os direitos fundamentais. É o florescer de uma nova fase, com um Judiciário proativo, preocupado em dar ampla e favorável concretude às normas constitucionais. Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si, mas também como um modo de olhar e interpretar todos os ramos do Direito. Vale dizer que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados.

4.3 A Ascensão do Judiciário e as Políticas Públicas

Uma das mais intensas discussões dentro da ascensão do Judiciário diz respeito ao fato de que este poder, sob pretexto de dar efetividade à Constituição,

26 BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., nota 4, p. 242

acaba por formular políticas públicas, usurpando atribuições dos Poderes Executivo e Legislativo. As críticas que se fazem à formulação de políticas públicas pelo Judiciário, em decisões de viés ativista, é que essa atitude acaba por gerar desequilíbrio orçamentário e dificultar a execução da gestão dessas mesmas políticas públicas pelo Poder competente.

A Constituição reservou ao administrador o dever de implementar os direitos básicos do cidadão como educação, saúde, segurança, moradia, etc..., através das políticas públicas, cabendo ao Executivo a discricionariedade de como devem ser realizadas tais ações. Acontece que, diante do grande número de atribuições que incumbe a este poder somado às distorções legislativas, torna-se ineficaz a implementação dos direitos fundamentais. O que ocorre muitas vezes, é que a lei trata de dispositivos que assemelham ao exagero programático que está totalmente fora da realidade e de impossível concretização.

Dessa forma, o Judiciário é chamado para a efetivação dos direitos, procurando implementar o conteúdo concreto dos dispositivos, obrigando o Executivo a formular políticas públicas, pois os direitos fundamentais, por serem normas jurídicas com um alto teor de juridicidade, já que possuem status constitucional, são direitos exigíveis, ou seja, podem ter sua aplicação (ou efetivação) forçada, através do Poder Judiciário, mesmo na ausência de regulamentação por parte do Poder Legislativo. Os direitos fundamentais são, por isso, dotados de justiciabilidade. É a chamada dimensão subjetiva dos direitos fundamentais.

É claro que muitos críticos defendem que algumas normas constitucionais, como os direitos sociais, por serem muito vagas e abstratas, seriam destituídas de força jurídica. Dizia-se que o Judiciário não dispõe de elementos técnicos suficientes para verificar a melhor forma de implementação dessas normas e que, por isso, seria melhor deixar a sua efetivação apenas para o legislador e para o administrador, cabendo ao Judiciário fiscalizar a execução somente do que estiver previsto em lei. Sem lei integradora não haveria possibilidade de prestação da tutela jurisdicional, cabendo ao juiz simplesmente declarar que a norma constitucional não seria "autoaplicável". Assim, sem a intervenção dos órgãos políticos, essas normas, por terem um conteúdo puramente programático, não teriam efetivação no mundo real, não podendo ser invocados nos Tribunais para qualquer efeito, pois delas não emanariam direitos nem pretensões jurídicas.

Entende-se que essa visão está ultrapassada, pois retira todo o significado da norma constitucional que atribui ao Poder Judiciário a responsabilidade pela “guarda da Constituição” (art. 102, da CF/88), bem como da norma que determina que as ameaças ou lesões a direitos não serão excluídas da apreciação do Poder Judiciário. Assim, em razão desse reconhecimento enfático de direitos fundamentais pela Constituição de 1988, percebe-se uma tendência no sentido de permitir um controle mais amplo por parte do Judiciário em favor das políticas sociais. Em matéria de saúde, por exemplo, são vários os julgados obrigando o Poder Público a fornecer medicamentos diversos a pessoas carentes ou a custear tratamentos e exames específicos, conforme recomendação médica.

A título de ilustração, citamos o Informativo 345 do STF em que publica a decisão do ministro Celso de Mello, na Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) 45, tratando da possibilidade do controle judicial de políticas públicas, cuja ementa é a seguinte:

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

Um dos argumentos frequentemente adotados por aqueles que se posicionam contrariamente ao controle judicial de políticas públicas é o da denominada reserva do possível. A expressão traduz a ideia de limitação dos recursos orçamentários disponíveis para fazer frente a uma ilimitada e dispendiosa demanda social a ser por eles suprida. Segundo este entendimento, esta restrição financeira justificaria, em certos casos, a não efetivação dos direitos previstos em lei por parte do Estado, pois há um limite de possibilidades materiais para estes direitos. E, além disso, argumenta-se a necessidade de prévia dotação orçamentária como limite ao cumprimento imediato da decisão judicial que determina a implementação de uma política pública.

Tais posições acima citadas não merecem prosperar pois, ao longo dos anos, o administrador estatal carrega a estigma de ser um péssimo gestor com

relação ao orçamento público. Gasta-se muito dinheiro de maneira desnecessária, que muitas vezes não trazem benefícios à população. Assim, é preciso averiguar realmente se existe uma limitação de recurso que implique na não possibilidade de implementação de política pública por parte do administrador. Sob outro vértice, é preciso sublinhar que, se os recursos não são suficientes para cumprir integralmente a política pública, não significa que sejam insuficientes para, ao menos, iniciá-la.

Deste modo, nada impede que se comece a materialização dos direitos fundamentais e, posteriormente, seja analisado como podem ser introduzidos novos recursos para dar seu prosseguimento. O que não parece razoável é simplesmente o Poder Executivo ou Legislativo descumprir a Constituição e a decisão judicial, sob o singelo argumento de que não possui recursos para tal.

O ideal é que, o Judiciário não seja a principal arena de pressões sociais acerca da implementação de políticas públicas, já que este poder, não é primordialmente, o ente político encarregado de implementar políticas públicas, inclusive em matéria constitucionalmente disciplinada. A sociedade certamente deseja que os órgãos do Executivo e do Legislativo sejam os encarregados dessa tarefa, e de preferência que façam de maneira eficiente. O papel do Judiciário seria, quando muito, subsidiário, dentro desse contexto ideal.

4.4 Ativismo na Recente Jurisprudência do STF

A seguir, listaremos alguns casos decididos pelo STF que tiveram grande repercussão nacional. Todos os casos envolvem a interpretação e aplicação de normas relacionadas a direitos fundamentais.

4.4.1 Anencefalia – o direito à interrupção da gestação de fetos inviáveis

O presente caso tinha por objetivo a realização de interpretação conforme a Constituição dos dispositivos do Código Penal que tipificam o aborto (arts. 124, 126, *caput* e 128, I e II), para o fim de declarar que eles não incidem no caso de antecipação terapêutica do parto de feto anencefálico. Pretendia-se, com isso, o reconhecimento do direito subjetivo da gestante de se submeter a tal procedimento, sem a necessidade de prévia obtenção de autorização judicial, que envolve uma batalha em diferentes instâncias, inacessível a muitas mulheres. A Confederação

Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), ajuizou arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) nº 54 – no Supremo Tribunal Federal.

A anencefalia é definida na literatura médica como a má-formação fetal congênita por defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação, de modo que o feto não apresenta os hemisférios cerebrais e o córtex, havendo apenas resíduo do tronco encefálico. É conhecida vulgarmente como “ausência de cérebro”, a anomalia importa na inexistência de todas as funções superiores do sistema nervoso central – responsável pela consciência, cognição, vida relacional, comunicação, afetividade e emotividade. Restam apenas algumas funções inferiores que controlam parcialmente a respiração, as funções vasomotoras e a medula espinhal, tratando-se de condição incompatível com a vida extra-uterina. O feto com anencefalia não é um doador de órgãos potencial, pois apresenta múltiplas malformações associadas que aumentam o índice de rejeição dos órgãos pelo receptor.

A ADPF indicou como preceitos fundamentais violados o art. 1º, III (princípio da dignidade da pessoa humana), o art. 5º, II (princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade) e os arts. 6º, *caput*, e 196 (direito à saúde), todos da Constituição Federal; e como atos do Poder Público causadores da lesão: o conjunto normativo representado pelos arts. 124, 126, *caput*, e 128, I e II, do Código Penal, que tipificam o crime de aborto, sem contemplarem, expressamente, como exceção à incidência de tais normas, a hipótese de interrupção da gestação de feto anencefálico. Um das teses apresentadas no mérito foi a de que o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e o direito fundamental à saúde paralisam a incidência das normas do Código Penal na hipótese.

Com efeito, obrigar uma mulher a levar até o final a gestação de um feto anencefálico, sem viabilidade de vida extrauterina, viola as duas dimensões da dignidade: (i) do ponto de vista da integridade física, a gestante será obrigada a passar cerca de seis meses – o diagnóstico é feito no terceiro mês – sofrendo as transformações de seu corpo, preparando-se para a chegada do filho que ela não vai ter; (ii) no tocante à integridade psicológica, é impossível exagerar o sofrimento de uma pessoa que dorme e acorda, todos os dias, por 180 (cento e oitenta) dias, com a certeza de que o parto, para ela, não será uma celebração da vida, mas um adiado ritual de morte. Quanto ao direito à saúde, destacam-se as evidências de que a gestação de um feto anencefálico envolve riscos maiores para a gestante, não

apenas no plano físico, mas também no plano psicológico, em caso de gravidez forçada nessas circunstâncias.

Em seu voto, o Ministro relator Marco Aurélio acentuou que a tipificação penal da interrupção da gravidez de feto anencefálico não se coadunaria com a Constituição, notadamente com os preceitos que garantiriam o Estado laico, a dignidade da pessoa humana, o direito à vida e a proteção da autonomia, da liberdade, da privacidade e da saúde. Segundo o Ministro, por a vida do feto anencefálico ser inviável, ele não se torna titular do direito à vida, de modo que o conflito entre direitos fundamentais na hipótese seria apenas aparente, dado que, em contraposição aos direitos da mulher, não se encontraria o direito à vida ou à dignidade humana do feto. Nesse caso, portanto, a imposição estatal da manutenção de gravidez cujo resultado final seria irremediavelmente a morte do feto iria de encontro aos princípios basilares do sistema constitucional, dentre eles a autodeterminação e o reconhecimento pleno dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres. O voto foi acompanhado pela grande maioria dos Ministros da casa.

4.4.2 Pesquisas com células-tronco embrionárias

O referido caso tinha por objeto o art. 5º da Lei nº 11.105/2005, conhecida como Lei de Biossegurança. O dispositivo legal impugnado dispõe, especificamente, sobre a utilização, para fins de pesquisa e terapia, de células-tronco obtidas de embriões humanos, produzidos mediante fertilização *in vitro*, e que não foram transferidos para o útero materno. Segundo a lei, a realização de pesquisas demanda a observância das seguintes exigências: a) que os embriões tenham resultado de tratamentos de fertilização *in vitro* (art. 5º, *caput*); b) que os embriões sejam inviáveis (art. 5º, I) ou não tenham sido implantados no respectivo procedimento de fertilização, estando congelados há mais de três anos (art. 5º, II); c) que os genitores deem seu consentimento (art. 5º, § 1º); e d) que a pesquisa seja aprovada pelo comitê de ética da instituição (art. 5º, § 2º). Além disso, a lei proibiu: (i) a comercialização de embriões, células ou tecidos (art. 5º, § 3º); (ii) a clonagem humana (art. 6º, IV); e (iii) a engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano e embrião humano (art. 6º, III).

Por entender que a norma seria incompatível com a Constituição, o Procurador-Geral da República (Dr. Cláudio Fonteles) ajuizou ação direta de

inconstitucionalidade (ADI nº 3510) no Supremo Tribunal Federal. A tese central afirmada na ação foi a de que “*a vida humana acontece na, e a partir da, fecundação*”. Fundado em tal premissa, o Procurador-Geral sustentou que os dispositivos legais impugnados violariam dois preceitos da Constituição da República: o art. 5º, *caput*, que consagra o *direito à vida*; e o art. 1º, III, que enuncia como um dos fundamentos do Estado brasileiro o *princípio da dignidade da pessoa humana*. Os argumentos desenvolvidos na peça inicial podem ser resumidos em uma proposição: o embrião é um ser humano cuja vida e dignidade seriam violadas pela realização das pesquisas que as disposições legais impugnadas autorizam.

O caso era difícil pelas razões usuais. Havia uma ambiguidade de linguagem relativa ao enquadramento ou não de um embrião congelado no conceito de vida, para fins de proteção constitucional. Por maioria dos votos, o STF declarou a constitucionalidade da lei, entendendo que um embrião congelado e sem perspectiva de implantação em um útero materno não constituía vida para fins constitucionais. Como consequência, considerou legítimas as pesquisas com células-tronco embrionárias, mesmo que importassem na destruição do embrião.

4.4.3 Reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas

O presente caso tinha por objeto o reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas. Na ausência de regra específica sobre a matéria no direito positivo, pretendia-se obter a declaração de que o regime jurídico da união estável deve se aplicar, também, às relações homoafetivas. A ação (ADPF nº 132) foi ajuizada pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro (Sérgio Cabral).

A Procuradora-Geral da República (Dra. Deborah Duprat) ajuizou a ADPF 178 no STF – recebida como Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN), na qual requereu o reconhecimento, como entidade familiar, das uniões entre pessoas do mesmo sexo, desde que atendidos os mesmos requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher, bem como a declaração de que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendem-se aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo. Dada a similaridade das ações, foram as mesmas apensadas e julgadas conjuntamente, tendo a ADPF 132 sido recebida, também, como ação direta de inconstitucionalidade.

A Constituição de 1988, que procurou organizar uma sociedade sem

preconceito e sem discriminação, fundada na igualdade de todos, não contém norma expressa acerca da liberdade de orientação sexual. Como consequência natural, também não faz menção às uniões homoafetivas. Faz referência, no entanto, às uniões heterossexuais, reconhecendo como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher (CF/88, art. 226, § 3º). O Código Civil, por sua vez, ao disciplinar o tema da união estável, seguiu a mesma linha (Código Civil, art. 1.723). A despeito da ausência de normatização expressa, a postura do Estado em relação ao assunto já era de crescente reconhecimento. Certas manifestações do Poder Público atribuem às uniões entre pessoas do mesmo sexo, para determinados fins, *status* semelhante ao das uniões entre homem e mulher. A posição, contudo, não era dominante ou incontroversa, havendo diversos pronunciamentos judiciais divergentes sobre o tema.

A ADPF indicou como preceitos fundamentais violados o direito à igualdade (art. 5º, *caput*); o direito à liberdade, do qual decorre a autonomia da vontade (art. 5º, II); o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III); e o princípio da segurança jurídica (art. 5º, *caput*), todos contidos na Constituição da República; e como atos do Poder Público causadores da lesão: a) o art. 19, II e V e o art. 33, I a X e parágrafo único, todos do Decreto-lei nº 220, de 18.07.1975 (Estatuto dos Servidores Civis do Estado do Rio de Janeiro), se interpretados de maneira discriminatória em relação aos homossexuais; b) o conjunto de decisões judiciais proferidas por tribunais estaduais, inclusive e notadamente o do Rio de Janeiro, que negam às uniões homoafetivas o mesmo regime jurídico das uniões estáveis.

No mérito, a petição inicial apresentou duas teses jurídicas principais. Antes, porém, de demonstrá-las, foram declinadas as premissas filosóficas sobre as quais se fundava a ação, quais sejam: a) a de que homossexualismo é um fato da vida. Seja ele considerado uma condição inata ou adquirida, decorra de causas genéticas ou sociais, a orientação sexual de uma pessoa não é uma escolha livre, uma opção entre diferentes possibilidades. Ademais, o homossexualismo – e as uniões afetivas entre pessoas do mesmo sexo que dele decorrem – não viola qualquer norma jurídica, nem é capaz, por si só, de afetar a vida de terceiros; e b) a de que o papel do Estado e do Direito, em uma sociedade democrática, é o de assegurar o desenvolvimento da personalidade de todos os indivíduos, permitindo que cada um realize os seus projetos pessoais lícitos. O Poder Público não pode nem deve praticar ou cancelar o preconceito e a discriminação, cabendo-lhe, ao revés,

enfrentá-los com firmeza, provendo apoio e segurança para os grupos vulneráveis.

A primeira tese central sustentada na ação foi a de que um conjunto de princípios constitucionais – igualdade, liberdade, dignidade da pessoa humana e segurança jurídica – impõe a inclusão das uniões homoafetivas no regime jurídico da união estável, por se tratar de uma espécie em relação ao gênero. Com efeito, a Constituição Federal de 1988 consagra o princípio da igualdade e condena de forma expressa todas as formas de preconceito e discriminação (v. preâmbulo; art. 3º; art. 5º).

Desse modo, o não reconhecimento de efeitos jurídicos às uniões homoafetivas importa desequiparação fundada em orientação sexual e, portanto, violação direta ao princípio em seu conteúdo mais tradicional e elementar, relacionado à chamada igualdade formal. Note-se que tal desequiparação não é fundamentada por qualquer motivo legítimo, significando tão somente intolerância, incoerência ou convicção religiosa – que, embora respeitável, é insuscetível de imposição coativa em um Estado laico.

Quanto ao direito à liberdade, argumentou-se que não reconhecer a um indivíduo a possibilidade de viver sua orientação sexual em todos os seus desdobramentos significa privá-lo de uma das dimensões que dão sentido a sua existência. Nessa linha, exclusão das uniões homoafetivas do regime da união estável seria uma forma comissiva de embaraçar o exercício da liberdade e o desenvolvimento da personalidade de um número expressivo de pessoas, depreciando a qualidade dos seus projetos de vida e os seus afetos.

Ademais, quanto ao princípio da dignidade da pessoa humana, argumentou-se que a não atribuição de reconhecimento à união entre pessoas do mesmo sexo funcionaliza as relações afetivas a um projeto determinado de sociedade, que, embora majoritário, não é juridicamente obrigatório, bem como equivale a não atribuir igual respeito a uma identidade individual, a se afirmar que determinado estilo de vida não merece ser tratado com a mesma dignidade e consideração atribuída aos demais.

Por fim, quanto à segurança jurídica, defendeu-se que a exclusão das uniões homoafetivas do regime jurídico da união estável, sem que exista um regime específico similar, cria um quadro de incerteza, alimentado por manifestações díspares do Poder Público, o que contraria diversos valores relacionados à segurança jurídica, tais como previsibilidade de condutas, estabilidade das relações

jurídicas e proteção da confiança.

Em conclusão da tese, sustentou-se que os preceitos fundamentais descritos são dotados de inegável densidade normativa, devendo ser aplicados diretamente ao caso, determinando que as relações homoafetivas sejam submetidas ao regime jurídico da união estável.

Registrou-se, ainda, que a conclusão não seria afetada pela redação do art. 226, § 3º, da Constituição, que protege expressamente a união estável entre homem e mulher. O argumento foi o de que o dispositivo teve como propósito afastar definitivamente qualquer discriminação contra as companheiras, consolidando uma evolução que teve início em decisões judiciais. Desse modo, não faria nenhum sentido realizar uma interpretação a *contrario sensu* do referido artigo, de modo a expandir seu sentido e convertê-lo em norma de exclusão, ou seja, exatamente o oposto de seu propósito original.

Em seu voto-condutor, o ministro Carlos Ayres Britto acentuou a liberdade individual, o direito à intimidade e à privacidade das pessoas, além de enquadrar a orientação sexual como direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, percorreu os dispositivos constitucionais que vedam tratamento discriminatório em razão do sexo, de modo a concluir que eventual interpretação reducionista do conceito de família iria de encontro a princípios constitucionais, bem como redundaria em discurso homofóbico ou preconceituoso. Nesse sentido, os casais homoafetivos teriam o mesmo direito subjetivo titularizado pelos casais heteroafetivos de formar uma família. Em conclusão, o Ministro-Relator atribuiu ao art. 1723 do Código Civil interpretação conforme a Constituição, para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união estável (contínua, pública e duradoura) entre pessoas do mesmo sexo como família, reconhecendo a aplicação das mesmas regras e consequências conferidas à união estável heteroafetiva.

O voto foi acompanhado pela unanimidade dos Ministros da casa, embora em algumas manifestações seja possível identificar divergências pontuais. Com efeito, segundo o ministro Carlos Ayres Britto, a aplicação do regime da união estável às uniões homoafetivas decorreria diretamente de uma interpretação sistemática e teleológica do art. 226, § 3º da Constituição. Embora o resultado seja semelhante, outros Ministros optaram pela solução analógica, por encontrar na matéria uma lacuna normativa. Nessa linha, votaram os ministros Ricardo

Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso. O ministro Ricardo Lewandowski afirmou que a união entre pessoas do mesmo sexo não poderia ser enquadrada no instituto da união estável, por faltar-lhe o requisito da diversidade de sexos.

Desse modo, reconhecido o caráter familiar e a inexistência de regime jurídico específico, o ministro concluiu em favor da aplicação às uniões homoafetivas das prescrições legais relativas às uniões estáveis heterossexuais – por ser o instituto jurídico mais próximo –, excluindo-se aquelas que exigem diversidade de sexo para a sua persecução, até que venham disposições normativas específicas que regulem tais relações. De forma semelhante, os ministros Gilmar Mendes e Cezar Peluso reconheceram a existência de uma lacuna, à qual deveria ser integrada por meio da aplicação do regime jurídico da união estável heteroafetiva, naquilo que for possível. Segundo o Ministro Cezar Peluso, ainda, por haver equiparação entre as formas de família, mas não igualdade, o Poder Legislativo deveria regulamentar as uniões homoafetivas.

O precedente é histórico em todas as direções que se queira contemplar, sobretudo pela altivez com que o STF assumiu o seu papel contramajoritário para proteger os direitos fundamentais de um segmento da população que, a despeito de sua progressiva emancipação social, ainda não conseguiu superar os gargalos do sistema político. Segundo o entendimento adotado enfaticamente pelo STF, a exclusão baseada na orientação sexual seria incompatível com o direito à busca da felicidade, com o princípio da igualdade, com a proibição do preconceito, com a cláusula geral de liberdade – da qual decorre a proteção à autonomia privada – e com a própria dignidade da pessoa humana, que impede o Estado de negar as individualidades e de impor determinada visão do que seja a vida boa.

Merece destaque, igualmente, a afirmação de que a Constituição deve ser interpretada em seu conjunto, com a qual se afastou a leitura reducionista do art. 226, § 3º, que trata da forma mais tradicional de união, mas não contém vedação a que outros tipos de família sejam reconhecidos. Por fim, também é digna de nota a postura interpretativa do STF, que construiu a necessidade de reconhecimento das uniões entre pessoas de mesmo gênero a partir da aplicação direta de princípios constitucionais.

5 CONCLUSÃO

A Constituição de 1988 estabeleceu como marco fundamental do ordenamento jurídico o compromisso do Poder Público em efetivar os direitos fundamentais, sendo estes como uma afirmação do regime democrático, vinculado à ideia de redução das desigualdades e de promoção de inclusão social. Contudo, com a omissão do Poder Legislativo, bem como a falta de efetividade nas políticas públicas pelo Executivo, o Judiciário, poder judicante, surge como uma instituição capaz de pressionar tanto o administrador quanto o legislador para garantir os direitos fundamentais, dando ensejo ao fenômeno do ativismo judicial.

Enquanto alguns enxergam no ativismo um verdadeiro dever e agir do Judiciário, tratando-se, na verdade, de uma releitura do princípio da separação dos poderes, outros entendem se tratar de uma ameaça a esse mesmo princípio. O fato, é que o Poder Judiciário é um dos pilares da democracia moderna e deve participar dos assuntos públicos, contando com a competência normativa necessária e suficiente para determinar a conduta de outros, incluindo-se entre os que devem obediência às suas decisões não somente o cidadão, senão também o próprio poder que manda.

Diante de uma omissão do legislador, e da conseqüente lacuna gerada no ordenamento jurídico, o juiz vê-se obrigado a preencher esse vazio, já que não pode negar a prestação judicial sob o argumento de inexistência da lei. Ademais não seria razoável que um direito fundamental, constitucionalmente garantido, ficasse obstado à espera do legislador ordinário. O princípio da supremacia constitucional deve ser observado, tendo em vista a concretização da Constituição.

Assim, pelo paradigma do dirigismo constitucional, a Constituição deixa de ser apenas uma norma jurídica suprema, e passa a ser repositório de tarefas e programas a serem cumpridos pelo Estado, seja pelo Legislativo, pelo Executivo, ou pelo Poder Judiciário, que, no contexto do Supremo Tribunal Federal, tem a função de garantir a efetividade das normas constitucionais sociais, pois quando o cidadão, titular do direito fundamental, encontra-se impossibilitado de exercê-lo, o Poder Judiciário deve, como guardião da Constituição, viabilizar a fruição de tal direito, editando uma norma a ser aplicada ao caso *sub judice*, em respeito ao princípio da efetividade máxima.

Não seria razoável que um direito fundamental, constitucionalmente

garantido, ficasse obstado à espera do legislador ordinário.

A expansão do Poder Judiciário tem se tornado uma necessidade institucional, é tido como reflexo da própria jurisdição constitucional no atual Estado Democrático. O ativismo judicial potencializa o alcance das normas da Constituição, pois o Supremo Tribunal Federal proporciona ao povo solução para as matérias não satisfeitas pelo legislador ordinário. Diante da falta de compromisso do Legislativo com os direitos fundamentais previstos constitucionalmente, o Judiciário tem legitimidade para prolatar decisões que concretizem o previsto na Constituição, desde que compatíveis com os princípios constitucionais e os valores morais da sociedade.

A jurisdição compatível com a concretização dos direitos fundamentais presentes no texto constitucional deve ser cada vez mais efetiva, pois, na sociedade contemporânea complexa e desigual, a democracia somente é preservada e pode ser cada vez mais consolidada se os direitos básicos de todos os cidadãos forem garantidos.

Por fim, o ativismo judicial é, na verdade, simples hermenêutica dos valores constitucionais que tem origem nos anseios do povo e a concretização destes anseios por decisões judiciais não contraria o império da lei ou os fundamentos da democracia.

REFERÊNCIAS

BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Atlântida, 1977.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição constitucional:** entre constitucionalismo e democracia. Belo Horizonte: Fórum, 2007

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia dos princípios constitucionais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro:** contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

_____. Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Disponível em: <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/123506667017421818.pdf>. Acesso em: 18 mar 2013

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Interpretação e aplicação da constituição:** fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo:** direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BULLOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993.

CLÈVE, Clémerson Merlin. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais.** *Revista de direito constitucional e internacional.* Ano 14, janeiro-março, 2006, n. 54. Revista dos Tribunais.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes.** São Paulo: Saraiva, 2007.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

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

LEAL, Rogério Gesta. **O estado-juiz na democracia contemporânea: uma perspectiva procedimentalista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 14. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010. p.55

LIMA, George Marmelstein. **Proteção judicial dos direitos fundamentais: diálogo institucional entre Brasil e Alemanha**. Rio de Janeiro: Universidade Federal Fluminense: 2007.

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008

MENDES, Gilmar Ferreira. et al. **Curso de direito constitucional**. 3 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da constituição**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORO, Sergio Fernando. Por uma revisão da teoria da aplicabilidade das normas constitucionais. **Revista de direito constitucional e internacional**. São Paulo, ano 9, n. 37, out-dez. 2011.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

QUEIROZ, Cristina. **O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial**. Coimbra: Coimbra Ed., 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica e concretização da constituição: as possibilidades transformadoras do direito**. Belo Horizonte, 2003.

TAVARES, Marco Aurélio Romagnoli. **Ativismo judicial e políticas públicas: direitos fundamentais**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2011.