

INTERPRETAÇÕES E CAMINHOS HARMONIZANTES DO ATIVISMO JUDICIAL NO CENÁRIO JURÍDICO BRASILEIRO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

*Ana Carolina Freitas de Barros Marques**

RESUMO: A presente pesquisa tem como cerne o ativismo judicial no cenário jurídico brasileiro conforme a jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal. O tema abordado suscitou o interesse de um estudo mais detalhado por ser objeto de amplas discussões no meio jurídico, uma vez que aborda o papel do Judiciário na efetivação de direitos e garantias fundamentais ao indivíduo quando isso não é possível por intermédio da atividade do Legislativo. Desta forma, é notório que a temática abordada é alvo de críticas, pois é posta em questão a interferência no princípio da separação dos poderes, sob a alegação de que não é atividade do Judiciário suprir as lacunas ou omissões no ordenamento jurídico. A metodologia utilizada foi uma pesquisa bibliográfica, normativa e jurisprudencial, utilizando-se do Direito Constitucional e Hermenêutica Jurídica, além da Constituição Federal, artigos científicos relacionados ao tema e, sobretudo, para uma melhor compreensão no sentido prático, casos concretos sob o prisma do objeto deste estudo. Por fim, não obstante as críticas que o ativismo judicial recebe, acredita-se que os direitos e garantias fundamentais do cidadão devem ser inerentes a todos, sendo legítimo e imprescindível que o Poder Judiciário aja em benefício da população quando esta pleitear seus direitos.

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo Judicial; Separação dos Poderes; Direitos e Garantias Fundamentais.

ABSTRACT: The present research focuses on judicial activism in the Brazilian legal scenario according to the ruling jurisprudence of the Federal Supreme Court. The topic raised the interest of a more detailed study because it is the object of extensive discussions in the legal environment, since it addresses the role of the Judiciary in the realization of fundamental rights and guarantees to the individual when this is not possible through the activity of the Legislature. In this way, it is notorious that the subject addressed is criticized, since interference in the principle of the separation of powers is questioned, on the grounds that it is not an activity of the Judiciary to fill gaps or omissions in the legal system. The methodology used was a bibliographical, normative and jurisprudential research, using Constitutional Law and Legal Hermeneutics, besides the Federal Constitution, scientific articles related to the topic and, mainly, for a better understanding in the practical sense, concrete cases under the prism of the object of this research. Finally, despite the criticism that judicial activism receives, it is believed that the fundamental rights and guarantees of the citizen must be inherent to all, and it is legitimate for the Judiciary to act for the benefit of the population when it claims their rights.

KEYWORDS: Judicial Activism; Separation of Powers; Fundamental Rights and Guarantees.

* Especialista em Gestão Pública pelo Instituto Federal de Pernambuco (2018). Especialista em Direito Público pela Faculdade ASCES (2015). Bacharela em Direito também pela Faculdade ASCES (2013). Analista de Controle Interno na Controladoria Geral do Município de Caruaru. Advogada. Endereço eletrônico: carolfbm@hotmail.com

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O neoconstitucionalismo, a separação dos Poderes e a evolução do ativismo judicial no Brasil; 2.1 Os mecanismos em face das omissões e lacunas do Legislativo e Executivo e a controvérsia da violação ao princípio da Separação dos Poderes; 3. Alguns importantes apontamentos acerca do instituto do ativismo judicial no cenário neoconstitucional brasileiro; 4. Decisões de grande repercussão nacional permeadas pelo ativismo judicial à luz da jurisprudência do STF; 4.1 ADPF nº. 54/DF – Interrupção da gravidez no caso de feto anencefálico – Relator: Ministro Marco Aurélio; 4.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº. 4277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº. 132 – União homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico – Relator: Ministro Ayres de Britto; 4.3 Agravo Regimental na Suspensão de Antecipação de Tutela nº. 223/PE – Instalação de um Marcapasso Diafragmático Muscular (MDM) como um dos objetos da ação – Relatora: Ministra Ellen Gracie; 4.4 Mandados de Injunção nº. 670, 708 e 712 – Greve do Servidor Público – Relatores: Ministro Maurício Correia e Ministro Gilmar Mendes para o acórdão; Ministro Gilmar Mendes; Ministro Eros Grau, respectivamente; 5. Conclusão; Referências.

1 INTRODUÇÃO

Com o advento da promulgação da Constituição Federal de 1988, conhecida como “Constituição Cidadã”, que na sua elaboração contou com uma expressiva participação popular e ampla discussão no tocante aos direitos sociais, notou-se no Brasil um novo Direito Constitucional e um novo cenário político de redemocratização inserido num período em que o regime ditatorial, que havia perdurado por um longo período, havia sido superado.

Rompendo a barreira do autoritarismo, diante desse novo contexto, é cediço que o Brasil passou a ser um Estado Democrático de Direito, o qual estava sob a égide da ainda recente Constituição Federal, que além de regulamentar a organização do Estado e os caminhos pelos quais a República deveria seguir, também passou a se preocupar, primordialmente, com a efetiva consolidação dos princípios constitucionais, com a democracia e a garantia dos direitos fundamentais para com os cidadãos.

No Texto Constitucional estão dispostos normas, valores e preceitos fundamentais que devem ser respeitados pelos indivíduos, balizados pelos princípios fundamentais positivados nos arts. 1º a 4º da Constituição Federal de 1988, tendo em vista o contexto da transição do regime militar para a redemocratização e demonstrando, principalmente, que o Estado existe para cumprir e salvaguardar estes princípios e garantias fundamentais inerentes a todos os cidadãos. É assim que entende Silveira Neto (1991, p. 29):

Em 1789, os constituintes da Revolução Francesa fixaram os princípios da democracia liberal, como meio de evitar a volta do absolutismo monárquico. Os nossos constituintes de 1988 estavam preocupados com o retorno do regime autoritário da Revolução de 1964.

Certamente, por isso mesmo, adotaram a nova técnica, pelo menos entre nós, de colocar os Direitos e Garantias Fundamentais antes da Organização do Estado. O Estado existe, antes de tudo, para realizar, cumprir e resguardar esses direitos.

Ao adotar os direitos e garantias fundamentais como direitos indisponíveis a todos os indivíduos, constata-se que a Constituição não se mostrou apenas como um instrumento formal, mas também assumiu função primordial nos ditames do ordenamento jurídico, com a teoria dos direitos fundamentais consolidada, além da aplicabilidade e eficácia imediata de suas normas. Por este motivo, no período da redemocratização, a Carta Magna passou a ser considerada o pilar do ordenamento jurídico, como um documento normativo de supremacia não somente formal, como também material, com juízo de valor subjetivo e dotado de força normativa.

Além dos Poderes Legislativo e Executivo, o Poder Judiciário ganhou espaço para concretizar os direitos fundamentais previstos no texto da Constituição, respeitados os limites de sua atuação, de modo a formar o novo Direito Constitucional, que vai se modificando ao longo do tempo e, conseqüentemente, dá margem a novas interpretações, causando mudanças no modo de pensar e agir no direito brasileiro.

Esta interpretação da Constituição Federal é resultado de uma nova hermenêutica constitucional, na qual há decisões judiciais que dão vários sentidos a uma mesma norma. No entanto, não obstante as diversas interpretações que uma única norma seja passível, ressalta-se que deve ser adotada como válida a interpretação que mais se coaduna com os dispositivos do Texto Constitucional, tendo em vista que ele é o pilar do ordenamento jurídico pátrio, não sendo possível que a interpretação seja proveniente da legislação infraconstitucional. (BASTOS, 1987, p. 56).

Compreende-se, portanto, que perante as transformações da sociedade, que ocorrem de forma cada vez mais dinâmica em razão do processo de globalização no momento social da sociedade contemporânea e considerando as modificações ocorridas ao longo dos anos, a hermenêutica jurídica moderna atualmente permite que sejam dadas novas interpretações às normas jurídicas, sem que, de fato, sejam extrapolados os limites impostos constitucionalmente, principalmente quando essas interpretações ocorrem para salvaguardar direitos e garantias fundamentais dos indivíduos.

Observa-se que a exigência de uma nova interpretação das normas jurídicas é causada por uma omissão legislativa e, em detrimento disso, o Poder Judiciário tem sido acionado para se manifestar sobre determinados assuntos que caberiam originariamente ao Poder Legislativo. Ocorre que, por vezes, as decisões judiciais acabam por ultrapassar os seus deveres impostos pelas normas legais e impõem obrigações aos outros Poderes, o que parte da doutrina considera como interferência indevida que fere o princípio da Separação dos Poderes, a democracia e o Estado Democrático de Direito.

Em contrapartida, o instituto do ativismo judicial sob o prisma das decisões do Supremo Tribunal Federal também é visto por outra parte da doutrina como positivo, pois age como garantidor de direitos, o que possibilita, de forma legítima, mudanças pretendidas pelo clamor social.

Deste modo, o presente estudo propõe uma análise de alguns casos de grande repercussão nacional da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em decisões consideradas ativistas, uma vez que as interpretações da Suprema Corte nessas decisões acabaram por impactar de forma direta nas normas da Constituição Federal, dando margem à compreensão de que o ativismo judicial interfere no modo de interpretar e aplicar o direito.

À vista disso, sem a pretensão de esgotar a temática aqui abordada, tendo por base a análise dessas decisões ativistas da Corte, vislumbra-se, inclusive, explorar brevemente o impacto de suas interpretações sob uma visão empírica, diante da omissão dos Poderes Executivo e Legislativo em criar políticas públicas com o intuito de salvaguardar os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, de modo a compreender como o ativismo judicial torna as normas jurídicas mais cristalinas e aperfeiçoa o exercício da democracia.

Para uma compreensão mais ampla da temática aqui discutida, faz-se necessário abordar o contexto neoconstitucional em que o Brasil estava inserido quando da evolução do instituto do ativismo judicial no país, no tocante às questões pertinentes às garantias fundamentais dos cidadãos.

2 O NEOCONSTITUCIONALISMO, A SEPARAÇÃO DOS PODERES E A EVOLUÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

No período anterior à promulgação da Constituição Federal de 1988, quando o Brasil ainda estava sob a vigência da Constituição de 1967, no regime militar, período este em que a Constituição ainda não detinha tanta força normativa, à vista das várias e polêmicas emendas por meio de atos institucionais e complementares ao Texto Constitucional, aos juízes não era permitido qualquer juízo de valor na aplicação dos princípios e direitos constitucionais. O Judiciário não podia dispor de nenhuma margem de interpretação axiológica, tendo em vista que somente existia a subordinação do fato à norma. Por não haver aplicação direta dos preceitos fundamentais aos casos concretos, destaca-se que eles dependiam de regulamentação pela legislação ordinária.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Brasil, após um longo período inserido num regime militar, finalmente se consagrou como um Estado Democrático de Direito, deixando de ser um Estado autoritário, no qual a democracia, os direitos fundamentais e o fundamento da dignidade da pessoa humana passaram a ser preceitos fundamentais do Estado de Direito, positivados nos arts. 1º a 4º da Constituição Federal de 1988. Tendo por base esses preceitos fundamentais e diante do contexto político em que o país agora estava, diante da ruptura com o regime autoritário, infere-se que o Estado agora teria de voltar-se às questões sociais que possibilitassem a inclusão do indivíduo na sociedade e a partir de então, a legislação foi sendo criada, adaptada e aplicada nesse sentido.

Frisa-se que o Texto Constitucional não se ateve a positivar tão somente as regras que deveriam ser seguidas pelos cidadãos e regular a forma o e sistema de governo. Percebe-se que seus valores também alcançaram a promoção da transição de um regime autoritário para um

Estado Democrático de Direito cujo país acabara de se inserir, garantindo o exercício da democracia social. Nesse sentido, Barroso (2016, p. 18) assevera o seguinte:

Sob a Constituição de 1988, o direito constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração. Uma Constituição não é só técnica. Tem de haver, por trás dela, a capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços. O surgimento de um sentimento constitucional no País é algo que merece ser celebrado. Trata-se de um sentimento ainda tímido, mas real e sincero, de maior respeito pela Lei Maior, a despeito da volubilidade de seu texto. É um grande progresso. Superamos a crônica indiferença que, historicamente, se manteve em relação à Constituição. E, para os que sabem, é a indiferença, não o ódio, o contrário do amor.

Diante desta dogmática legalista, observa-se que havia surgido no estado constitucional o neoconstitucionalismo, no qual os princípios constitucionais estabelecidos na Carta Magna foram integrados aos valores da sociedade, pois consoante o entendimento de Mendes (2018, n.p) o Estado Democrático de Direito havia sido “fundado na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho, da iniciativa privada, e no pluralismo político, tal como estabelecido no art. 1º da Carta Magna”. Esses princípios passaram a basilar a construção de uma sociedade equânime, fundada no objetivo de ser livre, solidária e justa, sem que haja discriminação de qualquer gênero.

Em relação aos princípios e regras, de acordo com Barroso e Barcellos (2003, p. 34 e ss.), a despeito de na doutrina haver uma diversidade de concepções acerca de seus conceitos dogmáticos, há um consenso de que na Constituição, eles detêm *status* de norma jurídica e integram o Texto Constitucional, sem hierarquia entre si. No caso dos princípios, no tocante à sua aplicabilidade num sentido prático, ainda que não haja hierarquia de um sobre o outro, deve haver uma ponderação relativa ao caso concreto, sendo analisadas as normas jurídicas e as situações fáticas, a fim de haver a melhor solução ao bem-estar dos indivíduos, resguardando seus direitos e garantias fundamentais.

Com a evidente deficiência em atender ao ideal de justiça por parte do direito positivo, diante das omissões em relação à aplicabilidade de uma gama de direitos através de uma ótica pragmática, este novo modelo da Constituição Federal trouxe a valorização dos princípios e direitos fundamentais, que vincula todo o ordenamento jurídico com força normativa e exige uma nova forma para interpretar e aplicar os vários dispositivos da Constituição.

Face à positivação, ampliação e facilitação dos direitos fundamentais na Carta Magna, além da evolução dos princípios constitucionais no direito e da multiplicidade de significados das normas jurídicas, a busca da população pelo Judiciário, a fim de efetivar e assegurar a garantia dos direitos sociais, passou a exigir uma participação mais ampla deste Poder no cenário do ordenamento jurídico brasileiro, tendo evoluído assim o instituto do ativismo judicial. Nesse diapasão, Mendes (2018, n.p) assevera que em certas ocasiões, as situações fáticas demonstram situações que ainda não existiam quando da elaboração da regra, no entanto, necessitam de regulação e não podem ficar à margem do ordenamento, portanto, a interpretação extensiva deverá abranger estas situações.

Feitas estas considerações, passa-se à análise dos meios constitucionais existentes para oportunizar o exercício do Poder Judiciário quando da necessidade de suprir as omissões dos Poderes Legislativo e Executivo bem como à discussão no que se refere à violação ao princípio da separação dos poderes.

2.1 Os mecanismos em face das omissões e lacunas do Legislativo e Executivo e a controvérsia da violação ao princípio da Separação dos Poderes

Diante da inércia dos demais Poderes, principalmente no tocante ao Legislativo na criação e promoção de políticas públicas essenciais à dignidade da pessoa humana, o Judiciário acaba tendo uma atuação mais incisiva neste âmbito, suprindo algumas das lacunas existentes, especialmente mediante instrumentos e remédios constitucionais previstos na Constituição Pátria, quais sejam:

- a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), regulamentada pelo art. 103, § 2º, CF/88, e disciplinada pela Lei nº. 12.063, de 27 de outubro de 2009, que tem como objeto qualquer omissão do legislador, seja total ou parcial, ou até mesmo o cumprimento incompleto quando do ato de legislar sobre a norma. Destaca-se que STF é o órgão competente para julgar estas ações e atualmente adota o entendimento de que em razão da mora do legislador quanto à omissão, abre-se espaço para que a decisão proferida pela Corte adote providências capazes de sanar a matéria que esteja sendo omissa por prazo determinado ou até quando o legislador editar norma apta a preencher a lacuna (MENDES, 2018); e
- o Mandado de Injunção (MI), previsto no art. 5º, inciso LXXI, da CF/88 e regulamentado pela Lei nº. 13.300, de 23 de junho de 2016, para que sejam possíveis a efetivação e eficácia dos direitos e garantias fundamentais inviabilizados pelas omissões inconstitucionais (NOVELINO, 2016), garantindo-se, assim, a supremacia da Constituição.

A Constituição Federal de 1988, no *caput* do art. 2º (BRASIL, 1988), preleciona que são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, e cada um possui funções típicas e atípicas, sendo a Separação dos Poderes um princípio básico para a organização do Estado, o qual figura como cláusula pétrea no art. 60, § 4º, III, do Texto Constitucional.

Sobre este princípio constitucional, impende destacar que adveio da teoria iluminista da Separação dos Poderes de Montesquieu, em sua obra “O Espírito das Leis”, na qual ele defende que as autoridades devem ser distribuídas a cada poder, sendo eles constituídos por pessoas diferentes, para que fossem autônomos entre si, evitando os abusos do poder real, posto que na sua concepção, somente o poder freia o poder. Portanto, quando um poder se mostra autoritário e comete excessos ultrapassando suas competências, é legítima a intervenção dos demais

poderes contra o despotismo, buscando equilíbrio e harmonia entre eles (MONTESQUIEU, 1996).

Tendo por base o desenvolvimento da teoria da Separação dos Poderes de Montesquieu, faz-se necessário observar que na função típica, o Poder Legislativo detém o poder legiferante, ou seja, cria e edita as leis do ordenamento jurídico. Na organização administrativa do Estado brasileiro, este papel do Poder Legislativo cabe ao Congresso Nacional (art. 44, da Constituição Federal de 1988), composto pela Câmara dos Deputados e Senado Federal no âmbito da União, já na esfera estadual este Poder compete à Assembleia Legislativa ou Câmara Legislativa, no caso do Distrito Federal, composta pelos deputados estaduais, e aos vereadores da Câmara Municipal na esfera dos municípios.

Ao Poder Executivo cabe a função administrativa, tratar das políticas públicas e exercer a função de governo. No âmbito federal este papel é do Presidente da República, no estadual cabe aos Governadores e no municipal aos Prefeitos, todos escolhidos por eleição direta pelo método eleitoral majoritário.

Já o Poder Judiciário tem como função típica aplicar as referidas leis nos casos concretos. O Judiciário é composto pelo Supremo Tribunal Federal, pelo Conselho Nacional de Justiça, pelo Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal Superior do Trabalho, pelos Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais, pelos Tribunais e Juízes do Trabalho, Eleitorais e Militares, bem como pelos Tribunais e Juízes Estaduais e do Distrito Federal, conforme o art. 92, da Constituição Federal de 1988.

Como função atípica, os Três Poderes exercem as funções uns dos outros sem que seja prejudicado o funcionamento da administração pública, nem extrapolados os limites de cada Poder. Entretanto, é sabido que os Três Poderes exercem suas funções típicas e atípicas, exercendo um controle recíproco entre si, chamado de freios e contrapesos (*checks and balances system*), impedindo o surgimento de instâncias que ofereçam riscos à democracia e aos direitos fundamentais. Esses Poderes devem agir conforme a Constituição, interpretando as normas respeitando os valores previstos nela, portanto, em caso de divergências na interpretação dessas normas, verifica-se que o Poder Judiciário é quem detém a palavra final, tendo em vista sua função típica de julgar. Todavia, não obstante a competência do Judiciário em face dessas circunstâncias, destaca-se que nem sempre qualquer matéria tenha que ser decidida pelo Poder Judiciário, além de que essa primazia não legitima a arrogância judicial (BARROSO, 2009, p. 30)

Com isso, o Princípio da Separação dos Poderes, que impede a interferência de um órgão sobre outro, admite exceção no caso de garantir a efetividade dos direitos fundamentais, de modo a impedir abusos. Uma vez que ao executar as funções atípicas, os Três Poderes, sendo independentes, são igualmente interligados e equilibrados, e acontece de as funções de um Poder ser introduzido em outro, então, é neste momento em que o ativismo judicial sobrevém. Nestes casos, quando o Judiciário adentra na esfera que não é de sua competência primária, configura-se uma espécie de ativismo judicial sutil. Entretanto, as condutas dos Poderes Públicos estão sujeitas à apreciação do Judiciário, devendo este respeitar os limites impostos

pelas regras constitucionais, porém não se omitindo quando provocado, em razão da natureza dos objetos das ações judiciais. (TEIXEIRA, 2012, p. 51).

No entendimento de Mendes (2018, n.p) “[...] o Supremo Tribunal Federal, ao longo de sua história, tem entendido que a discricionariedade das medidas políticas não impede o seu controle judicial, desde que haja violação a direitos assegurados pela Constituição”. Logo, havendo violação aos direitos constitucionais, principalmente no contexto aqui inserido, no caso de omissão ou obscuridade legislativa que viole a garantia desses direitos, torna-se possível e constitucional o controle jurisdicional dessas atividades, em estrita observância à defesa dos direitos fundamentais.

Nesse diapasão, destaca-se, principalmente, a atuação do Supremo Tribunal Federal, que após ter sua função ressignificada ao longo desses anos após a redemocratização, figurou como legislador em diversas questões que foram alvo de controvérsias e amplas discussões em grupos da sociedade, porém não menos importantes às garantias fundamentais inerentes aos indivíduos e à manutenção da democracia social no Brasil, conforme será visto nos tópicos posteriores.

Ademais, destaca-se que o STF tem como função precípua salvaguardar a Constituição Federal, conforme o art. 102, da Constituição Federal de 1988, cuja preocupação era ampliar o acesso da população à sua jurisdição, traduzindo-se em dispositivos como a ampliação do rol taxativo das partes legitimadas à propositura das ações relativas ao controle concentrado de constitucionalidade e à facilitação do acesso ao controle difuso, como é o caso da “eliminação dos requisitos de relevância geral como condição especial de admissibilidade do recurso extraordinário” (VERISSIMO, 2008, p. 408).

Apresentadas as ações cabíveis perante às omissões e lacunas dos Poderes Públicos e as argumentações acerca da não violação ao princípio da separação dos poderes, segue-se à análise de importantes considerações a respeito do ativismo judicial.

3 ALGUNS IMPORTANTES APONTAMENTOS ACERCA DO INSTITUTO DO ATIVISMO JUDICIAL NO CENÁRIO NEOCONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Ultimamente o ativismo judicial vem se destacando entre os operadores do direito, sendo uma discussão constante no meio acerca da “judicialização da política”, uma vez que sua finalidade é participar intensamente, sob uma ótica empírica, na concretização dos direitos garantidos constitucionalmente, até mesmo podendo interferir no Poder Legislativo e no Poder Executivo, sem que sua atuação extrapole ou abuse dos limites de sua competência, visando à expansão e o alcance das normas constitucionais.

A discussão sobre o ativismo judicial teve origem nos Estados Unidos por meio de várias fases, que ao longo dos anos foram sendo disseminadas para outros países. A expressão *judicialization of politics*, mais conhecida no Brasil como judicialização da política ou expansão do poder judicial, é um marco nessa discussão, uma vez que para os autores, a judicialização da política está intimamente ligada ao declínio do comunismo no leste da Europa e o fim da

União Soviética, bem como a transformação dos Estados Unidos numa superpotência, sendo o seio dessa judicialização, que se expandiu para outras regiões cuja democracia era recente, inclusive a América Latina (VALLINDER & TATE, 1995).

É importante frisar que não se deve confundir ativismo judicial com judicialização, pois muito embora sejam parecidos e coexistam no contexto moderno, tratam-se de institutos de conceitos e aplicabilidade distintas, tendo em vista que a judicialização da política se limita a cumprir os dispositivos da Constituição Federal em decisões políticas, pois de acordo com a dinâmica da globalização e o progresso da democracia, as normas do Direito também devem acompanhar estas transformações, não sendo conveniente que a justiça fique inerte diante das problemáticas que exurgem no contexto político-social. No Brasil tem-se como exemplos práticos de judicialização da política de grande repercussão nacional o Mensalão e a Operação Lava Jato.

Já o ativismo judicial tem o condão de interpretar a Constituição de diferentes formas, expandindo o alcance das normas constitucionais por meio do entendimento dos Tribunais, principalmente diante do silêncio do Poder Legislativo, havendo a necessidade de uma tutela jurisdicional para concretizar direitos fundamentais, sem que haja espaço para arbitrariedades, lesão ou ameaça a direitos. Muitas vezes, quando o Poder Legislativo não exerce sua função típica, que é legislar, cabe ao Poder Judiciário, utilizando-se de interpretações complexas, preencher as lacunas deixadas por essa omissão, visto que a lei não contempla o objeto da pretensão. Desta forma, no ativismo, o Judiciário exerce uma função atípica em decorrência da omissão do Poder Legislativo para que os direitos constitucionalmente garantidos à população tenham eficiência e eficácia. Na mesma linha de raciocínio, entende Barroso (2009, p. 21):

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, freqüentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. [...] Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

Consoante Teixeira (2012, p. 50), tendo em mente que o Brasil está imerso num cenário político-institucional em que a burocracia ainda é muito presente nas relações jurídicas e políticas, além da judicialização das relações sociais, assim como o distanciamento cada vez mais evidente da relação entre Estado e indivíduo, percebe-se que o ativismo judicial positivo contribui de forma significativa para a realização dos fins e objetivos estabelecidos pela Constituição pátria. Contudo, afirma-se que o ativismo é utilizado apenas em caráter de exceção, e não menos importante, frisa-se que as decisões proferidas por meio dele devem sempre obedecer à Lei Maior, protegendo o princípio da supremacia da Constituição Federal.

Sendo assim, é certo dizer que o Supremo Tribunal Federal, sendo o guardião da Constituição Federal, é o responsável por aplicar todos os preceitos contidos nesta, obedecer às cláusulas pétreas e todas as normas contidas no Texto Constitucional. À vista disso, é o seu papel exercer o ativismo judicial, o qual visa à garantia de efetividade dos direitos fundamentais sociais, fazendo com que o Poder Judiciário participe de forma mais incisiva na sociedade, cumprindo os ditames expressos na Carta Magna, como também aqueles que estão implícitos, declarando inconstitucionais atos normativos do Poder Legislativo e impondo obrigações de fazer ou não fazer ao Poder Público.

Percebe-se que essa atuação do Judiciário, embora seja visando ao benefício do bem-estar da sociedade, frequentemente é alvo de contradições no que concerne à imposição de condutas ou abstenções ao Poder Público, principalmente no tocante à implantação de políticas públicas ou às questões sensíveis a determinados grupos da sociedade – principalmente quando envolvem religiões –, uma vez que tal atribuição é de competência dos membros do Poder Legislativo, que foram eleitos pelo povo e representam a democracia representativa, não sendo conferida a membros do Poder Judiciário. Sobre essa controvérsia, Carvalho Filho (2019, n.p.) entende o seguinte:

No aspecto pragmático, a sociedade aplaude tais decisões, mas, no aspecto jurídico e político, é imperioso, por cautela, que se conheçam os limites dentro dos quais pode legitimar-se essa judicialização, sem ofensa ao axioma constitucional da separação de poderes. Correta, pois, a observação de que o ativismo se configura como um risco social, conforme a extensão que alcance.

Em contrapartida, diante da omissão do Estado ou até mesmo frente à obscuridade legislativa, quando este não efetiva os direitos e prerrogativas garantidos ao cidadão, surge o direito de o indivíduo exigir a prestação desses direitos por meio do Poder Judiciário. Neste diapasão, relevante mostra-se o entendimento de Barroso (2009, p. 30):

O ativismo judicial, por sua vez, expressa uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário. Trata-se de um mecanismo para contornar, *bypassar* o processo político majoritário quando ele tenha se mostrado inerte, emperrado ou incapaz de produzir consenso. Os riscos da judicialização e, sobretudo, do ativismo envolvem a legitimidade democrática, a politização da justiça e a falta de capacidade institucional do Judiciário para decidir determinadas matérias.

Vale salientar que o instituto do ativismo judicial permeia muitas questões polêmicas e marcantes no cenário jurídico brasileiro, sendo alvo de grandes repercussões midiáticas, e por meio desta atividade exercida pelo Supremo Tribunal Federal, muitas decisões importantes foram proferidas por esta Corte. Deste modo, para uma exemplificação mais completa acerca das decisões provenientes do ativismo judicial no cenário jurídico brasileiro, no próximo tópico desta pesquisa serão exemplificadas algumas das importantes decisões tomadas pelo STF.

4 DECISÕES DE GRANDE REPERCUSSÃO NACIONAL PERMEADAS PELO ATIVISMO JUDICIAL À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO STF

Como já mencionado anteriormente, a Suprema Corte, ao longo desses anos após a evolução do neoconstitucionalismo no Brasil, já levou ao Plenário diversas questões polêmicas no ordenamento jurídico, assim como na mídia e na sociedade contemporânea, utilizando-se da hermenêutica constitucional moderna, dando novas interpretações às normas contidas na Constituição Federal, visando à consolidação dos direitos e garantias fundamentais aos cidadãos. Assim, nos subtópicos que seguem, serão demonstradas algumas das questões ativistas que foram objeto de controvérsias e amplas discussões acerca de seu desfecho.

4.1 ADPF nº. 54/DF – Interrupção da gravidez no caso de feto anencefálico – Relator: Ministro Marco Aurélio

Primeiramente, a título de ilustração sobre a temática aqui abordada, um dos mais significativos exemplos de decisão ativista foi o acórdão sobre a possibilidade de interrupção da gravidez no caso de fetos anencefálicos, restando afastada a configuração do crime de aborto nestes casos específicos, assunto que foi objeto da ADPF nº. 54/DF, que teve como Relator o Ministro Marco Aurélio. Veja-se a ementa:

ADPF - ADEQUAÇÃO - INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ - FETO ANENCÉFALO - POLÍTICA JUDICIÁRIA - MACROPROCESSO. Tanto quanto possível, há de ser dada seqüência a processo objetivo, chegando-se, de imediato, a pronunciamento do Supremo Tribunal Federal. Em jogo valores consagrados na Lei Fundamental - como o são os da dignidade da pessoa humana, da saúde, da liberdade e autonomia da manifestação da vontade e da legalidade -, considerados a interrupção da gravidez de feto anencefalo e os enfoques diversificados sobre a configuração do crime de aborto, adequada surge a argüição de descumprimento de preceito fundamental. ADPF - LIMINAR - ANENCEFALIA - INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ - GLOSA PENAL - PROCESSOS EM CURSO - SUSPENSÃO. Pendente de julgamento a argüição de descumprimento de preceito fundamental, processos criminais em curso, em face da interrupção da gravidez no caso de anencefalia, devem ficar suspensos até o crivo final do Supremo Tribunal Federal. ADPF - LIMINAR - ANENCEFALIA - INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ - GLOSA PENAL - AFASTAMENTO - MITIGAÇÃO. Na dicção da ilustrada maioria, entendimento em relação ao qual guardo reserva, não prevalece, em argüição de descumprimento de preceito fundamental, liminar no sentido de afastar a glosa penal relativamente àqueles que venham a participar da interrupção da gravidez no caso de anencefalia. (ADPF 54, rel. min. Marco Aurélio, j. 12-4-2012, P, DJE de 30-4-2013).

Como sabido, no ordenamento jurídico pátrio o aborto é tipificado como crime nos arts. 124 a 128 do Código Penal. Entretanto, considerando as especificidades das situações fáticas que embasaram o referido acórdão, relevante destacar a importância deste posicionamento da Suprema Corte frente à questão. A decisão envolve assuntos como a dignidade da pessoa humana, as liberdades individuais, a saúde e, principalmente, direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, não sendo razoável que elas se tornem rés em eventuais ações por crimes de

aborto, como se já não bastasse o estado de sofrimento e fragilidade em que elas se encontram em decorrência de passar por esta situação, que por si só, já é extremamente desgastante.

Considerando que o feto anencefálico não tem potencialidade de vida, mostra-se acertada a decisão ativista que afastou a configuração de crime de aborto nestes casos, pois o acórdão possibilitou às mulheres o direito de agirem de acordo com suas próprias convicções num caso de absoluta inviabilidade de uma vida digna e saudável extrauterina. Traz-se à baila que a interrupção da gravidez, quando da ocorrência de fetos anencefálicos, não é obrigatória, sendo apenas uma decisão facultativa da gestante, devendo sempre ser respeitada a escolha da mulher que optar por prosseguir com a gestação após o diagnóstico.

No mais, ainda sobre a interrupção da gravidez no caso de fatos anencefálicos, destaque-se a ADI nº. 5581/DF juntamente com Arguição de descumprimento de preceito fundamental, que tem como Relatora a Ministra Carmen Lúcia, na qual a Associação Nacional dos Defensores Públicos (Anadep) questiona dispositivos da Lei nº. 13.301/2016, que dispõe sobre a adoção de medidas de vigilância em saúde relativas aos vírus da dengue, *chikungunya* e *zika*. A Associação se insurge contra omissões do Poder Público em diversas questões, quais sejam: no acesso à informação, nos cuidados de planejamento familiar e nos serviços de saúde, além da omissão acerca da possibilidade de interrupção da gravidez nas políticas de saúde estatais para mulheres gestantes infectadas pelo *zika* vírus.

A referida ADPF pretende que seja determinada ao Poder Público a execução de políticas públicas com o objetivo de sanar essas omissões. Além disso, ainda requer a declaração de inconstitucionalidade do enquadramento da interrupção da gravidez em relação às mulheres que tiverem sido infectadas pelo *zika* vírus como crime de aborto, tipo penal contido no art. 124 do Código Penal.

Outro requerimento é de que seja julgada constitucional a interrupção nesses casos, “em função do estado de necessidade com perigo atual de dano à saúde provocado pela epidemia de *zika* e agravado pela negligência do Estado brasileiro na eliminação do vetor, as quais configuram hipóteses legítimas de interrupção da gravidez” (ADI nº. 5581, pp. 14-15), e, conseqüentemente, a sustação dos inquéritos policiais, das prisões em flagrante e dos processos em andamento que envolvam a interrupção da gravidez quando houver comprovação de infecção da gestante, até o julgamento definitivo.

Ressalta-se, por oportuno, que até o momento da conclusão da presente pesquisa, o processo continua em trâmite e a questão ainda não teve desfecho na Suprema Corte.

4.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº. 4277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº. 132 – União homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico – Relator: Ministro Ayres de Britto

Outra decisão não menos importante que supriu as lacunas deixadas pelo Poder Legislativo no ordenamento jurídico pátrio foi o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo. A nova interpretação foi dada por meio do julgamento da Ação Direta de

Inconstitucionalidade (ADI) nº. 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº. 132, que teve como Relator o Ministro Ayres de Britto.

Por meio deste acórdão foi possível efetivar a garantia dos direitos à liberdade, à igualdade e à dignidade da pessoa humana aos homossexuais, sob o argumento de que ninguém pode ser discriminado em razão de sua orientação sexual, conferindo *status* de entidades familiares às uniões estáveis homoafetivas, restringindo qualquer interpretação discriminatória que impedisse o reconhecimento delas, considerando que devem ser reconhecidas tais como as uniões estáveis heteroafetivas, sem distinção de qualquer natureza.

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. (...) 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. [...] Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. [...] 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEM RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. [...] A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. [...] 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo

Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição. 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA INTERPRETAÇÃO CONFORME). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. (ADI 4.277 e ADPF 132, rel. min. Ayres Britto, j. 5-5-2011, P, DJE de 14-10-2011).

Dessa maneira, garantindo, por meio da interpretação constitucional, a isonomia entre casais homoafetivos e heteroafetivos, além do reconhecimento dessas uniões como entidades familiares, destaca-se que tal decisão se mostra arrazoada no sentido de efetivar a proteção às liberdades individuais, assegurando aos indivíduos cuja orientação sexual é homoafetiva ou bifetiva direitos que até então lhe foram relegados, principalmente na seara das relações sociais familiares, na esfera previdenciária, bem como em questões burocráticas da vida civil, a exemplo da dependência do(a) companheiro(a) em planos de saúde.

É evidente que o acórdão significou um rompimento de uma barreira enfrentada pela população LGBTQI, pois ainda que as uniões homoafetivas não tenham sido até o momento regulamentadas pela legislação infraconstitucional, elas são uma realidade e, portanto, necessitam de amparo jurídico, pois “infundados preconceitos não podem legitimar restrições a direitos, o que fortalece estigmas sociais e acaba por causar sentimento de rejeição e sofrimentos” (DIAS, 2012, p. 45).

4.3 Agravo Regimental na Suspensão de Antecipação de Tutela nº. 223/PE – Instalação de um Marcapasso Diafragmático Muscular (MDM) como um dos objetos da ação – Relatora: Ministra Ellen Gracie

Mais uma questão que envolve uma infinidade de decisões ativistas no STF é o direito à saúde, seja no tocante ao fornecimento gratuito por parte do Poder Público de medicamentos indispensáveis à manutenção da vida até a realização de cirurgias para uma melhor qualidade de vida do indivíduo. É o caso deste acórdão que concedeu a instalação de um Marcapasso Diafragmático Muscular (MDM), a fim de que o paciente tivesse condições de respirar sem depender do auxílio do respirador mecânico:

O Estado do Pernambuco, com fundamento nos arts. 4.º § 5.º da Lei 8.437/92 e 297 do RISTF, requer a suspensão da “decisão interlocutória proferida pelo MM. Desembargador Relator do Agravo de Instrumento n.º 0157690-9 do Tribunal de Justiça do Estado de

Pernambuco” (fls. 19/21). Diz o requerente que o autor ajuizou ação de indenização por perdas e danos morais e materiais (Processo n.º 001. da 3.ª Vara dos Feitos da Fazenda Pública da Comarca de Recife). Objetiva, em sede de tutela antecipada, a responsabilização do Estado de Pernambuco pelo “custo decorrente da cirurgia de implante diafragmático que devolverá ao autor a condição de respirar sem a dependência do respirador mecânico, cuja importância perfaz o valor correspondente a U\$ 150.000 (cento e cinquenta mil dólares americanos).” (fl. 74). Indeferida a antecipação de tutela, interpôs o autor agravo de instrumento, no qual obteve decisão monocrática que lhe deferiu parcialmente o pedido, para que “o Estado de Pernambuco, incontinenti, pague todas as despesas necessárias à realização da cirurgia em comento, na forma e com o profissional requerido pela parte agravante.” (fl. 20).

Decisão:

O Tribunal, por maioria, vencida a Presidente, Ministra Gracie (relatora), deu provimento ao recurso de agravo.

Lavrará o acórdão o Senhor Ministro Celso de Mello. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Carmen Lúcia e Menezes Direito. (STA 223 AgR PE, rel. para o ac. min. Celso de Mello, rel. min. Ellen Gracie, j. 14-4-2008, P, DJE de 18-4-2008).

Na sociedade brasileira contemporânea muito tem se discutido acerca da prestação dos serviços de saúde pública, principalmente em decorrência de sua inefetividade. Como sabido, a prestação do serviço público deve ser realizada de forma contínua, eficiente e atendendo sempre ao interesse público e, tratando da saúde, um direito positivado no art. 196 da Constituição Federal de 1988, deve ser garantido o acesso integral universal, igualitário e gratuito a toda população.

Contudo, o serviço de saúde pública, ainda que seja proveniente de um Sistema Único que atualmente é considerado complexo e abrangente, visto que deve atender às necessidades de atenção básica até o transplante de órgãos, é suscetível a falhas. No contexto atual, é fato que a saúde pública no Brasil apresenta problemas de ordens diversas e a ineficiência na prestação do serviço, em muitos casos, infelizmente ainda tem sido uma situação recorrente nas unidades de saúde pública nas mais variadas regiões do país.

Nesse sentido, a fim de assegurar aos cidadãos um direito inerente à dignidade e à qualidade de vida, é imprescindível salientar que o ativismo judicial é determinante nesses casos, pois “em se tratando de direito à saúde, a intervenção judicial é possível em hipóteses como a dos autos, nas quais o Poder Judiciário não está inovando na ordem jurídica, mas apenas determinando que o Poder Executivo cumpra políticas públicas previamente estabelecidas”. (STF, RE 642.536 AgR, rel. min. Luiz Fux, j. 5-2-2013, 1ª T, DJE de 27-2-2013).

4.4 Mandados de Injunção nº. 670, 708 e 712 – Greve do Servidor Público – Relatores: Ministro Maurício Correia e Ministro Gilmar Mendes para o acórdão; Ministro Gilmar Mendes; Ministro Eros Grau, respectivamente

Uma questão marcante que concerne à omissão do legislador foi relativa ao direito de greve do servidor público, suscitada nos Mandados de Injunção nº. 670, 708 e 712, que tiveram como Relatores: Ministro Maurício Correia e Ministro Gilmar Mendes para o acórdão; Ministro Gilmar Mendes; e Ministro Eros Grau, respectivamente.

O art. 37, VII, do Texto Constitucional prevê esta prerrogativa aos servidores, cuja regulamentação deve ser realizada mediante edição de lei específica. Diante da omissão legislativa em relação à questão, os Sindicatos dos Servidores Policiais Cíveis do Espírito Santo (Sindpol), dos Trabalhadores em Educação de João Pessoa (Sintem) e dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Pará (Sinjep) impetraram os mandados de injunção aqui referidos, com o objetivo de que o Poder Judiciário pudesse sanar a falta de norma regulamentadora do direito de greve dos servidores públicos, uma vez que o exercício deste direito está amparado pela Constituição. Veja-se a ementa do acórdão:

SINAIS DE EVOLUÇÃO DA GARANTIA FUNDAMENTAL DO MANDADO DE INJUNÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF).

1.1. No julgamento do MI no 107/DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 21.9.1990, o Plenário do STF consolidou entendimento que conferiu ao mandado de injunção os elementos operacionais: seguintes i) os direitos constitucionalmente garantidos por meio de mandado de injunção apresentam-se como direitos à expedição de um ato normativo, os quais, via de regra, não poderiam ser diretamente satisfeitos por meio de provimento jurisdicional do STF; ii) a decisão judicial que declara a existência de uma omissão inconstitucional constata, igualmente, a mora do órgão ou poder legiferante, insta-o a editar a norma requerida; iii) a omissão inconstitucional tanto pode referir-se a uma omissão total do legislador quanto a uma omissão parcial; iv) a decisão proferida em sede do controle abstrato de normas acerca da existência, ou não, de omissão é dotada de eficácia erga omnes, e não apresenta diferença significativa em relação a atos decisórios proferidos no contexto de mandado de injunção; v) o STF possui competência constitucional para, na ação de mandado de injunção, determinar a suspensão de processos administrativos ou judiciais, com o intuito de assegurar ao interessado a possibilidade de ser contemplado por norma mais benéfica, ou que lhe assegure o direito constitucional invocado; vi) por fim, esse plexo de poderes institucionais legitima que o STF determine a edição de outras medidas que garantam a posição do impetrante até a oportuna expedição de normas pelo legislador. 1.2. Apesar dos avanços proporcionados por essa construção jurisprudencial inicial, o STF flexibilizou a interpretação constitucional primeiramente fixada para conferir uma compreensão mais abrangente à garantia fundamental do mandado de injunção. A partir de uma série de precedentes, o Tribunal passou a admitir soluções "normativas" para a decisão judicial como alternativa legítima de tornar a proteção judicial efetiva (CF, art. 5º, XXXV). Precedentes: MI no 283, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 14.11.1991; MI no 232/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 27.3.1992; MI nº 284, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. para o acórdão Min. Celso de Mello, DJ 26.6.1992; MI no 543/DF, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ 24.5.2002; MI no 679/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ

17.12.2002; e MI no 562/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 20.6.2003. (MI 708, rel. min. Gilmar Mendes, j. 25-10-2007, P, DJE de 31-10-2008).

Quando do julgamento do referido Mandado de Injunção, o Ministro Gilmar Mendes, ao proferir seu voto, constatou que a promulgação da Constituição Federal já havia se dado há mais de 17 anos e até então, o direito de greve assegurado aos servidores públicos no inciso VII não tinha sido regulamentado por lei específica (BRASIL, 2008, pp. 431-432). Assim sendo, consoante o acórdão proferido, verificou-se que o mandado de injunção estava em evolução na Suprema Corte e o entendimento consolidado é de que como já havia uma gama de precedentes no mesmo sentido, o Supremo poderia determinar a edição de medidas visando à garantia dos direitos pleiteados pela parte impetrante até a expedição de norma regulamentadora pelo Poder Legislativo.

Nesse ínterim, face à omissão legislativa, o Supremo Tribunal Federal decidiu em Plenário, pelos votos da maioria, que enquanto não houver edição de norma que regulamente o direito de greve do servidor público, serão aplicáveis as regras previstas para o setor privado contidas na Lei nº. 7.783/1989.

Sobre o desfecho da questão, nota-se que os referidos acórdãos representam um avanço significativo à categoria, levando em consideração a mora do legislador em regulamentar uma prerrogativa constitucional conferida aos servidores públicos, não sendo justo nem razoável que a falta de norma reguladora ao direito de greve inviabilize o seu exercício. (MI 670, rel. p/ o ac. min. Gilmar Mendes, e MI 712, rel. min. Eros Grau, j. 25-10-2007, P, DJE de 31-10-2008).

Compreende-se que no instituto do ativismo judicial o Poder Judiciário pode – e deve – se manifestar quando couber, garantindo a segurança jurídica dos indivíduos, sem ultrapassar os limites de sua competência e do Texto Constitucional. Uma vez que o STF, como a instância máxima do Judiciário, detém a função de salvaguardar a Constituição, é primordial que ele abra precedentes e não se abstenha quando provocado, sendo, portanto, fomentador o seu ativismo, de modo a tornar a legislação brasileira mais clara e objetiva, com a finalidade de consolidar os direitos e garantias fundamentais, evitando que as lacunas e omissões dos Poderes Executivo e Legislativo violem o princípio da dignidade da pessoa humana e ameacem os direitos sociais intrínsecos a todos os cidadãos.

5 CONCLUSÃO

De acordo com a presente pesquisa, é imprescindível observar que em razão da omissão total ou parcial do Poder Legislativo em se manifestar acerca de assuntos de sua competência, ou até mesmo em decorrência da mora legislativa quanto à regulamentação de normas jurídicas em que haja obscuridade, é perceptível que o Poder Judiciário, ao desenvolver uma de suas funções atípicas, qual seja, a de “legislar”, ganhou espaço para exercer o papel de concretizar direitos fundamentais previstos no texto da Constituição Federal, de uma forma que se apresenta um novo Direito Constitucional no Brasil, com mudanças no modo de pensar, agir, interpretar e, até mesmo, aplicá-lo.

Com isso, o Poder Judiciário adquiriu mais força e acaba por exercer uma atuação mais incisiva na sociedade, suprindo, de certa forma, algumas das lacunas legislativas existentes. Convém ressaltar que, como demonstrado na pesquisa, diante da deficiência em atender ao ideal de justiça por parte do direito positivo, este novo Direito Constitucional, que vem sendo ressignificado desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, bem como pela atuação do Poder Judiciário perante assuntos essenciais à qualidade de vida da população, estimulou a valorização e aplicação dos princípios e direitos fundamentais, os quais vinculam todo o ordenamento jurídico com força normativa e ensejou a interpretação da Constituição de forma mais difusa, respeitando os limites impostos pelos seus princípios e regras.

Em meio a uma participação mais ampla do Poder Judiciário no ordenamento jurídico brasileiro, atuando na função de legislador positivo, percebe-se que o ativismo judicial foi evoluindo de maneira a suprir as lacunas, obscuridades legislativas e até mesmo diante da omissão total ou parcial do Poder Público frente à regulamentação e implantação de políticas públicas, sem transgredir ou usurpar o princípio constitucional da separação dos poderes, tendo em vista que o Judiciário se atém ao desempenho regular de sua função jurisdicional, em estrito cumprimento ao princípio da inércia da jurisdição.

Percebe-se que, apesar de ser um tema que já vem sendo discutido há alguns anos no cenário jurídico e político, o ativismo judicial ainda não tem uma definição dogmática muito precisa, e não obstante, vem sendo cada vez mais presente nas discussões jurídicas e legislativas atuais, principalmente em assuntos de grande repercussão nacional, porquanto ele existe tão somente com a finalidade de assegurar e efetivar os direitos e garantias fundamentais expressamente outorgados na Constituição Federal de 1988. Esse fenômeno acaba oportunizando caminhos alternativos para que o Poder Judiciário possa preencher as lacunas deixadas pela omissão do legislador.

É cediço que a atividade precípua do Poder Judiciário é julgar, não sendo sua função principal tornar efetivos direitos sociais fundamentais, já que esta atribuição compete aos Poderes Executivo e Legislativo, por meio da implantação de políticas públicas necessárias ao bem comum. Todavia, por meio do ativismo judicial, compreende-se que é válida e significativa a contribuição do aperfeiçoamento legislativo e da promoção de políticas públicas, pois conquanto esteja atuando como legislador positivo, por certo, está viabilizando a defesa e a garantia de direitos constitucionalmente assegurados, não configurando interferência ilegítima nas atividades dos demais Poderes.

Sem embargo, é notório que alguns dispositivos da Lei Maior se tornaram obsoletos e necessitam da atenção do legislador para adequar as normas à modernidade e à necessidade dos cidadãos. Entretanto, não há óbices de que não é atribuição do Judiciário legislar de modo a preencher todas as lacunas da legislação, até porque esta função é de competência originária do Legislativo, devendo os demais poderes fiscalizarem suas atividades, cabendo ao Judiciário agir quando provocado para resguardar o cumprimento da lei.

Em suma, há de se perceber que é fundamental que o ativismo judicial seja visto como a ampliação da interferência do Poder Judiciário na implantação das políticas públicas, no entanto, é certo que tal ponto acaba sendo alvo de inúmeras controvérsias. Contudo, essa

interferência acaba por possibilitar novas interpretações às normas jurídicas contidas na Constituição Federal, principalmente, visando à garantia das prerrogativas fundamentais aos cidadãos, ainda que o STF tenha passado a atuar em questões políticas, as quais, num primeiro momento, seriam de competência dos demais poderes.

Ademais, destaca-se sobretudo que é uma tarefa complexa para o Judiciário exercer o controle da discricionariedade frente às situações concretas de modo a não transgredir o princípio da separação dos poderes. Ainda assim, embora o ativismo judicial apresente riscos e muitas vezes seja confundido com judicialização da política, entende-se que é constitucional e legítima a intervenção do Poder Judiciário nessas circunstâncias – quando provocado, mais especificamente no tocante à atuação do STF nas situações elencadas no presente estudo.

De um modo geral, é imprescindível que ao atuar como ativista positivo na ótica pragmática, vislumbrando não exceder os limites de suas competências, o Supremo Tribunal Federal deve invocar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, exercendo o equilíbrio proposto pelo sistema dos *checks and balances*, para ajustar a legislação às regras da justiça e declarar o que é (in)constitucional. Essa atuação tem o condão de tornar as normas jurídicas mais hialinas, de maneira a assegurar e efetivar, especialmente, os valores do Estado Democrático, fortalecendo os fundamentos e objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, além de promover os direitos e garantias inerentes à democracia e à justiça social.

Não se mostra oportuno nem conveniente o silêncio do Judiciário diante da omissão de normas regulamentadoras de direitos fundamentais aos indivíduos, pois não é razoável que essa inércia, tendo como escudo o princípio da Separação dos Poderes, comprometa o processo de evolução das gerações futuras nem a construção de uma sociedade cada vez mais justa e equânime, ainda que esse processo de transformação esteja sendo galgado em uma árdua e lenta caminhada, face aos inúmeros retrocessos institucionais e democráticos que permeiam o contexto político-social brasileiro atualmente.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, n. 13, p. 17-32, 2009.

_____. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Themis: Revista da ESMEC**, v. 4, n. 2, p. 13-100, 2016.

_____; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 232, p. 141-176, abr. 2003. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45690>>. Acesso em: 28 de novembro de 2018.

BASTOS, Celso Ribeiro. Hermenêutica constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, v. 24, n. 96, p. 53-56, out./dez. 1987.

BRASIL. Constituição, 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei nº. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRASIL. Lei nº. 12.063, de 27 de outubro de 2009. Acrescenta à Lei nº. 9.868, de 10 de novembro de 1999, o Capítulo II-A, que estabelece a disciplina processual da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 28 out. 2009**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12063.htm>. Acesso em: 29 de novembro de 2018.

BRASIL. Lei nº. 13.300, de 25 de junho de 2016. Disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 24 jun. 2016**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13300.htm>. Acesso em: 29 de novembro de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **A Constituição e o Supremo**. 6 ed. atual. até a EC 99/2017. Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI nº. 4.277/DF. Relator: Relator: Ministro Ayres de Britto. DJ: 05/05/2011. **STF**, 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 30 de novembro de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade e Arguição de descumprimento de preceito fundamental: ADI nº. 5581/DF. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. **STF**, tramitação em curso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=310227487&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 30 de novembro de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Antecipação de Tutela nº. 223/PE. Agravante: Marcos José Silva de Oliveira. Agravado: Estado de Pernambuco. Relatora: Ministra Ellen Gracie. DJ: 14/04/2008. **STF**, 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630062>>. Acesso em: 30 de novembro de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: ADPF nº. 54/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ: 12/04/2012. **STF**, 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 30 de novembro de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: ADPF nº. 132/RJ. Relator: Ministro Ayres de Britto. DJ: 05/05/2011. **STF**, 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 30 de novembro de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº. 670-9/ES. Impetrante: Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis do Espírito Santo (Sindpol). Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Ministro Maurício Correia. Relator para o acórdão: Ministro Gilmar Mendes. DJ: 25/10/2007. **STF**, 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549>>. Acesso em: 01 de dezembro de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº. 708/DF. Impetrante: Sindicato dos Trabalhadores em Educação de João Pessoa (Sintem). Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJ: 25/10/2007. **STF**, 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558551>>. Acesso em: 01 de dezembro de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº.712-8/PA. Impetrante: Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Pará (Sinjep). Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Ministro Eros Grau. DJ: 25/10/2007. **STF**, 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558553>>. Acesso em: 01 de dezembro de 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 33 ed. São Paulo: Atlas, 2019.

DIAS, Maria Berenice. Família homoafetiva. **Bagoas - Estudos gays: gêneros e sexualidades**, v. 2, n. 03, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das Leis**. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 11 ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

SILVEIRA NETO, Honório. Fundamentos do Estado Democrático de Direito. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, n. 33, p. 29-37, 1991.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The Global expansion of judicial power: the judicialization of judicial power*. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (Ed.). **The Global expansion of judicial power**. Nova York: New York University Press, 1995.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, [S.l.], v. 8, n. 1, p. 037-057, jan. 2012. ISSN 2317-6172. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/23966/22722>>. Acesso em: 29 de novembro de 2018.

VERISSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema corte e Ativismo judicial "à brasileira". **Revista Direito GV**, [S.l.], v. 4, n. 2, p. 407-440, jul. 2008. ISSN 2317-6172. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35158>>. Acesso em: 29 de novembro de 2018.